THÈSE DE
NANCY.
1887
N°. 2.

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

DE

# L'ACQUISITION DE LA POSSESSION

*PER EXTRANEAM PERSONAM*

DROIT FRANÇAIS

# DE LA SIMULATION

EN DROIT CIVIL ET EN DROIT FISCAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Manuel FOURCADE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

PARIS

ERNEST THORIN, ÉDITEUR

LIBRAIRE DU COLLÈGE DE FRANCE, DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE,
DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME

7, RUE DE MÉDICIS, 7

# DE L'ACQUISITION DE LA POSSESSION

*PER EXTRANEAM PERSONAM*

EN DROIT ROMAIN

UNIVERSITÉ DE FRANCE

FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

DROIT ROMAIN

DE

# L'ACQUISITION DE LA POSSESSION

*PER EXTRANEAM PERSONAM*

DROIT FRANÇAIS

# DE LA SIMULATION

EN DROIT CIVIL ET EN DROIT FISCAL

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Manuel FOURCADE

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE PARIS

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

*Sera présenté et soutenu le Jeudi 5 Mai 1887 à quatre heures du soir*

*Président :* M. Paul LOMBARD.

*Suffragants :* MM. BLONDEL, professeur
MAY, id.
BOURCART, agrégé

Le candidat répondra en outre aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

ERNEST THORIN, ÉDITEUR

LIBRAIRE DU COLLÈGE DE FRANCE, DE L'ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE, DES ÉCOLES FRANÇAISES D'ATHÈNES ET DE ROME

7, RUE DE MÉDICIS, 7

# FACULTÉ DE DROIT DE NANCY.

| MM. | |
|---|---|
| LEDERLIN, ✻, I ✪, | Doyen, Professeur de Droit romain, autorisé à faire le cours de Pandectes, et Chargé du cours de Droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières. |
| JALABERT, ✻, I ✪, | Doyen honoraire. |
| LOMBARD (Ad.), ✻, I, ✪, | Professeur de Droit commercial et du cours de Droit des gens. |
| LIÉGEOIS, I ✪, | Professeur de Droit administratif et Chargé du cours d'histoire du Droit. |
| BLONDEL, I ✪, | Professeur de Code civil et Chargé du cours de Droit constitutionnnel. |
| BINET, I ✪, | Professeur de Code civil et Chargé du cours d'Enregistrement. |
| LOMBARD (P.), A ✪, | Professeur de Code civil. |
| GARNIER, A ✪, | Professeur d'Economie politique. |
| MAY, A ✪, | Professeur de Droit romain. |
| GARDEIL, A ✪, | Professeur de Droit criminel. |
| BEAUCHET, A ✪, | Professeur de Procédure civile. |
| BOURCART, | Agrégé, Chargé du cours de Pandectes, autorisé à faire le cours de Droit Romain. |
| GAVET, | Agrégé, Chargé du cours d'Histoire générale du Droit français public et privé. |
| CHRÉTIEN, | Agrégé, Chargé du cours de Droit international privé. |
| LACHASSE, I ✪, | Docteur en droit, secrétaire. |

La Faculté n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du Candidat.

A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MON FRÈRE

# INTRODUCTION

Jusqu'à ces derniers temps la possession était au nombre des matières du droit Romain sur lesquelles semblait s'être établi un accord relatif. Certes la controverse persistait sur la grave question du fondement de la protection possessoire et sur quelques autres points, mais sur les éléments de la possession, son acquisition, sa perte, dans une certaine mesure même ses moyens de défense, les travaux de Savigny avaient abouti à une théorie bien construite, suffisamment en harmonie avec les textes les plus connus et qui ne tarda pas à être acceptée par les interprètes. Pendant longtemps l'originalité des traités nouveaux fut dans la forme plus que dans le fond ; on s'essayait surtout à travailler, à polir le système légué par le savant Romaniste, à lui donner par endroits la couleur scientifique qui pouvait lui manquer.

Ce calme a cessé ; il eût été bizarre de le voir durer. Anormal dans toutes les sciences historiques dont on connaît les constantes inquiétudes et les renouvellements

incessants, il l'était surtout dans la science d'un droit disparu qui ne peut se contenter de reconstituer des faits matériels, mais doit ressusciter les idées d'un autre âge et spécialement ces doctrines juridiques d'autant moins faciles à saisir qu'elles sont faites d'éléments plus divers, plus mêlées de raisonnement et de considérations pratiques.

Nous n'avons la prétention, dans ce travail, ni de résumer une controverse encore à ses débuts, ni, à plus forte raison, de tenter un assaut contre l'ensemble de la doctrine menacée qui semble résister assez bien aux coups qu'on lui porte.

Mais l'attention se fixe naturellement sur toutes ces questions de possession qui vont être rajeunies par la discussion, dont quelques-unes le sont déjà. N'y aurait-il pas quelqu'intérêt à s'attacher à l'une de ces questions, si l'on ne peut les passer toutes en revue? A étudier l'un des systèmes nouveaux, si l'examen de tous est impossible? A rapprocher ce système de la doctrine courante? A contrôler par l'examen des sources les solutions anciennes et les solutions nouvelles? A faire un choix entre elles, à leur substituer au besoin celles qui paraîtraient ressortir des textes, enfin à reconnaître, s'il le fallait, que l'incertitude sur certains points est préférable aux solutions faciles basées sur un examen trop hâtif des difficultés? Nous l'avons pensé.

C'est la question de l'acquisition de la possession *per liberam personam* que nous avons choisie pour cet essai.

Nous nous proposons d'en faire un nouvel et d'ailleurs rapide exposé. Amenés par l'idée même qui inspirait ce travail à faire choix, entre les opinions nouvelles, d'un système qui, soit par la valeur de ses arguments, soit par l'originalité de ses conclusions, rendît témoignage de l'effort critique tenté contre les vieilles doctrines et justifiât leur nouvel examen, nous nous sommes arrêtés aux théories récemment proposées par M. le professeur Schlossmann de l'Université de Bonn dans une monographie encore peu connue (1). Nous n'avons pas dessein d'entreprendre une critique de ce travail, dont le cadre n'est pas celui de cette étude; mais sur les questions que nous examinerons, nous aurons soin de relever, en même temps que les systèmes généralement enseignés en France, les opinions particulières qu'il peut contenir.

Le droit Romain n'admettait pas, en règle générale, l'acquisition d'un droit par l'intermédiaire d'une personne libre: « *Nihil nobis per extraneam personam acquiri potest.* » Cette règle, absolue sans doute à l'origine, subit, en matière de possession, une exception dont l'étude est l'objet même de ce travail. Les Romains n'arrivèrent pas à dégager la notion de la représentation telle que nous la concevons, leur langue n'a pas de mot qui corresponde à cette idée; mais ils sont arrivés à des résultats analogues à ceux de la représentation, si analogues que ce mot de représentation reviendra souvent dans

1· Der Besitzerwerb durch Dritte nach römischen und heutigem Rechte, Leipsig. 1881.

cette étude, inexact sans doute, mais commode et sans inconvénients dès qu'on est prévenu de son inexactitude.

On n'est d'accord ni sur les motifs de la règle, ni sur la portée de l'exception. En se plaçant spécialement à ce second point de vue on n'aperçoit guère de solution à l'abri de la controverse.

Et d'abord, même en matière de possession, cette représentation imparfaite est-elle admise absolument ou à titre exceptionnel? Elle ne peut, cela est évident, exister qu'à certaines conditions : le représenté, le représentant doivent par leurs actes ou leurs intentions se placer dans une situation juridique donnée que nous préciserons. Si la loi se contente de ces conditions, c'est qu'elle admet comme principe général la possibilité de la représentation. On conçoit au contraire qu'elle ne l'admet qu'à titre exceptionnel si elle lui impose des conditions sans lesquelles on la concevrait, si, par exemple, elle limite le choix du représentant à une catégorie de citoyens, hors de laquelle on ne peut le prendre. Or, à laquelle de ces solutions s'est attaché le droit Romain ? On ne se le demandait pas dans la doctrine ancienne, mais nous verrons que la question donne lieu à de sérieuses difficultés.

Qu'il s'agisse d'une règle nouvelle ou d'une exception, l'une ou l'autre est, nous venons de le dire, soumise à des conditions ; la représentation ou, si l'on veut, l'acquisition directe par intermédiaire, est un phénomène juridique complexe qui suppose des actes de l'acquéreur, des actes de l'intermédiaire, une relation entre les

deux. Elle se réalise ici à propos d'un autre phénomène juridique qui lui-même est complexe, la possession, dont l'existence implique la réunion de deux éléments, le *corpus* et l'*animus*. Il faut donc étudier le rôle du représentant et du représenté dans l'acquisition de chacun des éléments de la possession.

Enfin, il peut être intéressant de se demander pourquoi une exception aux règles générales avait été introduite en notre matière et point ailleurs.

Le plan de cette étude est dès lors facile à établir. Il comporte l'examen de quatre points principaux ; l'origine ou les motifs de la règle *Nihil nobis per extraneam personam acquiritur ;* les personnes par qui l'on peut acquérir ; l'acquisition du *corpus possessionis ;* la réalisation de l'*animus possidendi ;* et une courte conclusion où nous résumerons les résultats acquis en nous demandant pourquoi ils ne furent acquis qu'en notre matière.

## CHAPITRE I

### ORIGINE DE LA RÈGLE : « *Nihil nobis per extraneam personam acquiritur.* »

L'impossibilité d'acquérir un droit par intermédiaire est un des traits les plus intéressants du droit Romain. Il est aussi l'un des moins expliqués. Lorsqu'il s'est agi d'en donner la raison d'être, la science n'a pu sortir du domaine de l'hypothèse, sur lequel, d'ailleurs, elle s'est montrée aussi divisée que hardie. Il est intéressant de connaître et d'étudier les plus importantes de ses conjectures.

Constatons d'abord qu'on n'a pas répondu à la question lorsqu'on a fait ressortir l'incompatibilité de la représentation avec les formules du vieux droit romain, qui supposeraient l'affirmation d'un droit personnel par son titulaire lui-même. Cette incompatibilité n'est pas certaine, elle est contestée; mais, en la supposant établie, il est évident que l'esprit se demande aussitôt ce qui avait déterminé le choix de ces formules; elles correspondent à une certaine conception qui leur est antérieure, qui les explique, mais qu'elles ne peuvent expliquer.

Faut-il croire à une conception rationnelle, théorique?

M. Ihering inviterait presque à le penser. Selon lui, l'exclusion de la représentation tient à une idée qui domine tout le droit romain, à savoir que la cause ne doit pas être séparée de l'effet: or, dans la représentation, l'action, c'est-à-dire la cause, se produit dans la personne du représentant, l'effet dans la personne du représenté (1). De fait, M. Ihering ne paraît pas croire que ce calcul de la pensée ait été fait par les législateurs primitifs. Il voit un résultat, il croit en découvrir la raison secrète, mais il ne paraît pas nier que ceux-là même qui ont atteint le résultat n'en ont pas discerné la raison. Ajoutons que son explication a le même défaut que celle dont nous parlions tout-à-l'heure. On constate un fait, mais on ne nous dit pas pourquoi, dans la pensée des Romains, la cause ne devait pas être séparée de l'effet. Enfin, si nous citions autrement que pour mémoire cette théorie, nous insisterions sur ce point que la représentation ayant précisément pour effet d'incarner le représenté dans le représentant, il est très contestable que la cause soit alors séparée de l'effet. La personnalité du représentant disparaît dans l'opération juridique qu'il accomplit; c'est le représenté qui agit par lui; l'action se produit en la personne du représenté.

Le point de vue rationnel écarté, nous trouvons deux systèmes qui rattachent la règle en question à des considérations d'utilité publique.

1. V. Ihering. L'esprit du droit romain, trad. de Meulenaere sur la 3e édition. Paris 1877-78, t. IV, p. 171.

Le premier en date est celui de M. Huc, auteur d'un travail intéressant sur le formalisme romain. Selon le savant professeur, les formules du vieux droit n'auraient pas été par elles-mêmes exclusives de la représentation. La preuve en est que l'esclave et le fils de famille les prononçaient et acquéraient pour le maître ou le père. Mais « s'il avait été admis que la propriété pouvait être acquise par l'intermédiaire d'un tiers qui aurait joué le rôle d'*emptor*, il est certain qu'un pareil résultat n'aurait pu être obtenu que si le représentant avait réellement agi au nom et dans l'intérêt du représenté... Donc, la question de savoir lequel des deux serait en définitive reconnu propriétaire, aurait, dans ce cas, dépendu de l'appréciation d'un élément intentionnel toujours difficile à dégager. Or, la mancipation avait précisément été introduite pour éviter toute incertitude et toute équivoque pouvant résulter de l'appréciation de l'intention des parties ; donc il était contraire à la nature même de la mancipation que l'acquéreur pût y figurer par l'intermédiaire d'un représentant. Ce n'est donc pas parce que l'*emptor* disait : *hæc res empta est mihi*, qu'il ne pouvait acquérir que pour lui seul ; ce n'est pas la rigueur de la formule qui a dicté la règle ; la règle a été établie par suite des considérations que je viens de faire valoir, et c'est elle, au contraire, qui a engendré la formule : *hæc res empta est mihi*, et ce qui prouve l'exactitude de l'explication que je viens de donner, c'est que dans l'hypothèse où il ne pouvait pas y avoir d'équivoque, lorsqu'il était certain que le re-

présentant ne pouvait pas avoir agi pour son compte, mais qu'il avait, au contraire, nécessairement agi pour le compte du représenté ; alors on ne trouvait aucun inconvénient à permettre la représentation dans la cérémonie de la mancipation. Or c'est ce qui avait lieu pour les enfants en puissance et les esclaves... (1). »

Cette explication est séduisante à première vue, mais elle soulève, selon nous, de sérieuses objections. Si les formules de la mancipation ne sont point par elles-mêmes exclusives de la représentation, pourquoi un législateur qui voulait, dit-on, prévenir toutes les équivoques, les a-t-il adoptées ? On dit bien que la représentation ne sera admise que quand aucun doute ne pourra s'élever, parce que celui qui prononce la formule ne pouvant acquérir pour lui-même, on ne peut penser que l'acquisition lui profitera. Mais on ne dit pas comment on saura si celui qui prononce la formule est *sui* ou *alieni juris*. Si on ne le sait pas, aucune équivoque n'est évitée. Il faudra donc exiger que celui qui se présente pour acquérir justifie qu'il est ou n'est pas en puissance. Et qui ne voit que si l'on exige une semblable justification, il n'y a aucune raison de traiter différemment, au point de vue de la représentation, les acquisitions *per servum aut filium* et les acquisitions *per extraneam personam?* Pourquoi ne pour-

1. Huc, Du formalisme romain, p. 99-100. L'auteur explique ailleurs que la mancipation était devenue une sorte d'institution d'utilité publique à dater de Servius Tullius, qui, ayant basé tout un système politique sur la fortune des citoyens, avait voulu avoir un moyen de contrôler avec certitude les mutations de propriété.

rait-on et ne devrait-on pas justifier qu'on veut acquérir pour soi-même ou, au contraire, qu'on est mandataire d'une personne et chargé de la représenter? En quoi cette affirmation d'une personne : « Je veux acquérir pour Primus », est-elle moins claire que celle-ci : « Je suis esclave de Primus » ? En quoi est-elle plus difficile à provoquer? Celui qui prononce les formules de la mancipation doit ne pouvoir acquérir que pour lui-même ou il doit pouvoir acquérir pour tous : mais on ne comprend pas la distinction des hypothèses, si le législateur n'a eu en vue que la clarté des opérations juridiques.

M. Schlossmann, qu'il faut citer après M. Huc, car lui aussi cherche dans des considérations d'utilité générale la raison d'être de notre règle,a cru pouvoir lui assigner un motif plus grave et plus élevé. Pour lui, on pourrait dire que cette règle fait partie des garanties fondamentales assurées par le droit public aux citoyens d'un Etat. La notion même de la représentation ne paraît avoir jamais été très nettement dégagée à Rome, et les Romains n'ont pas songé à la proscrire. Le principe est de bien autre importance. Pour en saisir la portée exacte, il est nécessaire de le reconstituer sous sa forme originaire. Or Gaius nous dit bien que de son temps on l'exprime par la formule restée célèbre : *Nihil nobis per extraneam personam acquiri potest;* mais les termes qu'il emploie « *extranea persona* » ne se retrouvent pas dans les autres textes. Partout où la règle est énoncée on trouve les mots *libera persona,* tantôt seuls, tantôt accompagnés d'une explication

sommaire ; on dira par exemple : « *Libera persona quæ alterius juri non est subdita.* » (1). La formule *Per extraneam personam* paraît une formule plus concise, imaginée par un jurisconsulte, d'un principe très ancien qui devait vraisemblablement s'exprimer ainsi : *Per liberam personam nihil acquiri potest.*

Pourquoi cette interdiction de faire d'une personne libre l'intermédiaire de ses acquisitions ?

Au simple vu de cette prohibition, l'esprit fait naturellement un rapprochement entre la condition de l'esclave et celle de l'homme libre. L'homme libre ne peut pas être un instrument d'acquisition ; l'esclave ne peut pas ne pas l'être. C'est en quelque sorte la pierre de touche des deux situations : « *Domino acquirere* est le signe caractéristique de la servitude ; *sibi acquirere* doit servir à caractériser l'homme libre ». L'esclave, dans toute acquisition, voit sa personnalité absorbée par celle du maître. C'est précisément cette absorption d'une personnalité par une autre que l'on aurait voulu prévenir par la règle que nous étudions. « Son but propre, dit Schlossmann, était de protéger la liberté et d'empêcher que les hommes libres se plaçassent dans une situation analogue à l'esclavage » (2). Il est à peine besoin de faire ressortir l'intérêt qu'il y avait pour les hommes libres à ne pas laisser altérer en eux le caractère qui les faisait

1. L. 1. pr. Code IV. 27 ; — L. 15. *de pec const.*: XIII.5 ; — L. 24 § 2, *de usur.*, XXII. I et une foule d'autres textes.

2. Schlossmann, p. 61.

vraiment hommes, la liberté, la personnalité indépendante. Non pas qu'il fût possible d'arriver à une altération *légale* du caractère de l'individu, mais on pouvait arriver à une altération de fait prolongée. Le danger apparaîtra plus clairement si l'on songe aux rapports qui devaient s'établir nécessairement entre certaines catégories de citoyens. On sait notamment jusqu'où allaient les droits du créancier sur son débiteur ; on sait aussi dans quelle dépendance l'affranchi demeurait vis-à-vis de son patron. Des textes nombreux témoignent des conditions vexatoires que d'anciens patrons imposaient à leurs affranchis. En modifiant la situation juridique de ces derniers, ils auraient voulu conserver de fait leurs droits de maîtres souverains. Contrarier la liberté industrielle de leurs anciens esclaves, leur imposer certaines résidences, leur en interdire d'autres, exiger des prestations excessives, étaient des abus fréquents à Rome qui, signalés de bonne heure par les jurisconsultes, réprimés par le préteur, firent l'objet de diverses constitutions impériales (1). Pareille dépendance s'établissait entre le colon et le maître. Un des moyens les plus puissants de dénaturer, en les exagérant, ces situations respectives, aurait été de faire de l'affranchi, du débiteur, du colon, etc., les intermédiaires ordinaires pour les acquisitions qu'on désirait réaliser. La règle prohibitive *Nihil*

1. L. 2. pr. *de op. lib.*, XXXVIII. 1. — L. 1. pr. *de bon. lib.*, XXXVIII. 2 ; — L. 2 et L. 18 *de jure patr.*, XXXVII. 14 ; — L. 12. Code *de op. lib.* VI. 3 ; — L. 6. Code *de obs. patr.*, VI. 6.

*nobis per extraneam personam acquiri potest* est édictée en vue d'éviter cet asservissement d'une liberté à une autre. Sans doute un tiers pourra acquérir pour moi, mais à la charge de me retransférer la propriété de ce qu'il a acquis à mon intention, et sa personnalité devra s'affirmer jusque dans le service rendu. Par ces motifs d'ordre supérieur et d'une valeur constante s'explique le maintien d'une règle qui ne répondait pas aux besoins du commerce, mais qui représentait aux yeux des Romains une garantie de leur liberté.

Ici encore nous n'avons pas été pleinement convaincus. On pourrait s'étonner d'abord que si le principe avait eu cette portée, aucun jurisconsulte ne nous l'ait donné à entendre. On pourrait aussi tirer argument contre cette explication de l'existence des textes invoqués pour établir les abus commis par certaines personnes libres à l'égard d'autres personnes également libres. Puisque ces sortes d'abus étaient si exactement constatés et réprimés, nous devrions trouver dans le Digeste ou au Code la trace de ceux qu'avaient nécessairement entraînés les nombreuses et importantes exceptions qui finirent par absorber la règle. Les Romains auraient été les premiers à étudier avec intérêt, avec un certain effroi même, les conséquences des innovations réalisées et à signaler leurs dangers. On ne trouve rien de semblable dans les textes. Il faut en conclure que les périls dont parle Schlossmann sont imaginaires, ou qu'ils ne paraissaient pas bien graves aux Romains. Mais ce qui est plus

décisif, c'est que le principe a subi à Rome une exception plus que toute autre menaçante pour les intérêts qu'on voulait, dit-on, protéger. Un exemple le prouvera. Un propriétaire établit sur ses propriétés une sorte de régisseur chargé de les gérer ; il le charge au cours de cette gestion de réaliser l'appréhension d'une chose à son profit. Voilà le cas le plus certain où l'on dérogea à la règle *Nihil nobis per extraneam personam acquiri potest*. Or il nous semble que nulle part le danger signalé par Schlossmann n'a été aussi grand. Ce régisseur est dans une situation subalterne, aux gages d'un maître, d'une classe inférieure, sous la dépendance du propriétaire ; sa position est occupée dans d'autres exploitations par un simple esclave ; que lui faut-il pour ressembler *en fait* à un esclave ? Peu de chose, on en conviendra, si sa personnalité doit disparaître dans les actes qu'il accomplira, s'il peut devenir un instrument d'acquisition. Or c'est peut-être pour lui seul, nous le répétons, qu'il fut dérogé d'abord aux principes. Ne peut-on pas douter par conséquent que le souci très noble et très élevé dont on parle, ait été partagé par les Romains ? Ce qui confirme dans ce doute, c'est que nous voyons justifier certaines solutions qui semblent contraires à la règle par ce fait précisément que l'intermédiaire ne joue pas le rôle d'un instrument dans l'opération. L'effacement de la personnalité du tiers, loin d'être une objection, devient un argument. « *Et licet*, dit un texte, *libera persona sit per quam constituimus, non erit impedimentum quod per liberam per-*

*sonam acquirimus, quia ministerium tantummodo hoc casu præstare videtur* » (1). C'est précisément ce que fait le représentant d'une personne, *præstare ministerium*.

Convaincus sans doute que chercher une explication savante d'une législation primitive est inutile et peu logique, deux systèmes ont prétendu que la règle était tout simplement le résultat de l'ignorance des premiers Romains (2). Pour les uns, c'est l'ignorance du raisonnement juridique : la représentation est une idée fine et subtile qu'on ne sait pas analyser. Pour les autres, c'est l'ignorance de l'utilité de la représentation : un petit peuple d'agriculteurs resserré sur un territoire où l'on est comme contraint au voisinage, ne songe pas à se créer des représentants ; chacun fait lui-même ses rares affaires.—Ces explications devraient, à tout prendre, être préférées aux précédentes. Et cependant les objections

1. L. 15, de *pec. const.*, XIII, 5.

2. Clamageran, Du louage d'industrie, du mandat et de la commission. Paris. 1856. p. 46. — Hanoteau, De la représentation dans les divers actes judiciaires. Paris. 1876. p. 11. — Pailhé, De la représentation des capables en matière extra judiciaire. Paris. 1878. p. 12. L'auteur de ce dernier travail ajoute une considération singulière : « Certes, dit-il, les vieux Quirites ont droit à notre admiration ; nul peuple au monde n'a trouvé plus de dangers et plus de gloires. Mais s'ils eurent des qualités héroïques, avouons que les défauts ne leur manquaient pas. Ces grands guerriers étaient durs, avares, égoïstes ; faut-il rappeler, à l'appui de notre dire, certaines prescriptions fameuses de leur antique loi, si justement gravée sur des tables d'airain? Aussi les mêmes hommes qui se dévouaient à la patrie sans compter avec elle, on les voyait, à peine rentrés dans la vie civile, redevenir despotes au foyer domestique, comme si le sentiment de leur personnalité se fût exagéré dans les grandes actions. Qu'avaient-ils besoin de représentants et de mandataires ? Ils veulent et savent agir par eux-mêmes. Le mandat n'est donc pas usité et la vraie notion de ce contrat ne peut venir au jour ».

ne se présentent-elles pas d'elles-mêmes? Admettons, si l'on veut et encore qu'on le puisse contester, que la représentation soit une fiction trop ingénieuse pour la semi-barbarie de cette époque. Allons plus loin et reconnaissons que le droit romain ne sut jamais dégager cette notion qui nous est familière : il ne s'ensuit nullement que l'acquisition *per liberam personam* dût être déclarée inadmissible. Un peu plus tard les jurisconsultes romains vont l'admettre, sans se rendre un compte exact de la représentation. Il est vrai qu'ils auront des difficultés théoriques à résoudre et que leur subtilité plus exercée leur sera nécessaire pour les vaincre ou les éluder. Mais qui leur révèle ces difficultés? L'analyse, l'analyse dont les temps grossiers que nous étudions sont incapables. L'acquisition par intermédiaire se réalisait tous les jours dans les acquisitions *per servum aut filium*, fallait-il un plus grand effort d'esprit pour généraliser le fait quotidien que pour saisir la raison d'une distinction entre les diverses hypothèses? Peut-on vraiment, d'autre part, songer à dire que l'acquisition *per liberam personam* parut inutile à la cité romaine encore enfermée dans une étroite enceinte, n'ayant pour commerce que les transactions journalières, et que cette inutilité est la raison de la prohibition? Peut-on croire qu'un droit aussi savant que le droit romain s'est attaché avec une énergie, dont témoigneraient au besoin les efforts tentés pour l'éluder juridiquement, à un principe engendré par l'ignorance de l'utilité du principe contraire aux débuts de la cité?

Peut-on croire que cette ignorance originaire ait ainsi pesé durant des siècles sur le commerce de Rome ? Enfin et surtout comment expliquer, soit par l'ignorance des subtilités juridiques, soit par l'ignorance de l'utilité des acquisitions par intermédiaire, la prohibition formelle de ces acquisitions ? Si on ne les eût cru possibles, pourquoi les aurait-on défendues ? Et que signifierait la prohibition d'une chose dont personne n'aurait senti le besoin ni soupçonné l'utilité ?

Ces difficultés sont assez sérieuses pour empêcher d'affirmer l'exactitude des explications proposées. C'est en réalité par un point d'interrogation que ce chapitre doit être fermé. Nous n'avons pas, quant à nous, trouvé une solution plausible.

Tout au plus ferions-nous remarquer qu'on paraît avoir un peu trop négligé le rôle de la religion dans l'antiquité. « L'homme, dit M. Fustel de Coulanges dans une étude de cette époque, n'a pas eu à étudier sa conscience et à dire : Ceci est juste, ceci ne l'est pas. Ce n'est pas ainsi qu'est né le droit antique.... (La loi) s'est présentée d'elle-même et sans qu'on eût à la chercher. Elle était une conséquence directe et nécessaire de la croyance ; elle était la religion même, s'appliquant aux relations des hommes entre eux... Le véritable législateur chez les anciens, ce ne fut pas l'homme, ce fut la croyance religieuse que l'homme avait en soi. » (1). En quoi la reli-

1. Fustel de Coulanges. *La cité antique*, 5e édit., Paris, 1874, p. 224, 225.

gion ancienne s'opposait-elle à l'acquisition *per liberam personam*? On conçoit la difficulté, l'impossibilité de le préciser. Faut-il rattacher la règle en question au caractère jaloux et intime de la religion des anciens? On sait que tout, dans cette religion, se passe dans l'enceinte du foyer ; l'étranger n'est pas admis à ses cérémonies, il les souille de sa présence et même de son simple regard. Or, les actes juridiques sont des actes religieux, accomplis selon des rites déterminés. La présence d'un autre que les intéressés à cet acte n'enlèverait-elle pas à la cérémonie de l'acquisition son caractère intime? Ne serait-elle pas étrange ou même sacrilége? Tout cela est incertain, conjectural, dénué de preuves, et nous n'y insistons pas. Mais il nous semble que le caractère religieux de la règle que nous en étudions pourrait seul en expliquer le maintien dans les temps qui suivirent. Une prescription religieuse seule peut demeurer ainsi entourée d'un respect superstitieux longtemps après que les raisons qui la firent édicter ont disparu. La religion n'exerce plus d'empire sur les consciences, mais elle a laissé des préjugés qui lui survivent. C'est pour elle surtout qu'il faut dire avec l'auteur de *La cité antique :* « Le passé ne meurt jamais complètement pour l'homme ; l'homme peut bien l'oublier, mais il le garde toujours en lui.... Le contemporain de Cicéron, — ajoute-t-il, — pratique des rites dans les sacrifices, dans les funérailles, dans la cérémonie du mariage ; ces rites sont plus vieux que lui, et ce qui le prouve, c'est qu'ils ne répondent plus aux

croyances qu'il a. Mais qu'on regarde de près les rites qu'il observe ou les formules qu'il récite et on y trouvera la marque de ce que les hommes croyaient quinze ou vingt siècles avant lui » (1). Ainsi sans doute pour notre règle: le jurisconsulte Romain trouve dans les maximes du droit un principe qui existe de temps immémorial ; il n'en saisit plus bien la raison d'être, et il en aperçoit les inconvénients pratiques; sa raison le combat peut-être ; ce principe toutefois est arrivé à lui entouré d'un respect religieux qu'il ne s'explique pas, mais dont il ne se défend pas. Ajoutons qu'il a pour lui une force bien grande aux yeux d'un Romain, il existe depuis longtemps. L'esprit critique des jurisconsultes de Rome ne paraît pas s'être attaché beaucoup au pourquoi des choses; ce qui est respectable par cela seul que cela est. Nous recherchons avec intérêt les origines des principes que tour à tour ils appliquaient si logiquement et éludaient si habilement; cette préoccupation est nouvelle et ils ne la partageaient pas ; le silence du Digeste sur ces questions en est, à notre sens, une preuve irrécusable. Ils étaient sans doute de l'école de Cicéron, l'un des génies les plus spéculatifs de Rome cependant : « *Rerum eventa magis arbitror quam causas quæri oportere et hoc sum contentus quod etiamsi quo modo quidquid fiat ignorem, quod fiat intelligo* » (2).

1. *La cité antique*, p. 4 et 5.
2. Cicéron, cité par Aug. Nicolas. Etudes philosophiques sur le christianisme, 24e édit., p. 291.

## CHAPITRE II

### PAR QUELLES PERSONNES PEUT-ON ACQUÉRIR LA POSSESSION ?

La règle *Nihil nobis per extraneam personam acquiri potest* a subi, en matière d'acquisition de possession, une très importante exception. Il est certain qu'une *extranea persona* peut servir d'intermédiaire pour réaliser une acquisition de ce genre par représentation.

Pourquoi c'est en matière de possession que pour la première fois l'on crut possible d'entamer le principe inflexible du droit primitif, quelles brèches successives furent faites à ce principe, quel rôle le représentant et le représenté jouent dans l'acquisition de la possession, comment le rôle du premier grandit et celui du second diminua dans la suite de l'évolution juridique romaine, la raison d'être en un mot et le mécanisme de l'acquisition de la possession *per extraneam personam :* c'est ce qui sera étudié dans les chapitres suivants, c'est ce qui, à ne consulter que la doctrine courante, devrait être l'objet exclusif de cette étude.

Et toutefois nous posons en tête de ce chapitre une question que ne comprend pas ce programme : quels

peuvent être les intermédiaires dans l'acquisition de la possession ? Avant de connaître le mécanisme, nous voulons en connaître les instruments ; les conditions de l'acquisition réservées, nous demandons qui peut les remplir.

La doctrine ancienne nous eût répondu d'un mot :

Pour les impubères : le tuteur ;

Pour les mineurs, les fous, les prodigues : le curateur ;

Pour les personnes morales : leur représentant légal ;

Pour les majeurs : toute personne.

Mais l'état actuel de la science ne nous permet pas d'accepter avec une égale certitude toutes ces solutions. Le tuteur, le curateur, le représentant d'une personne morale, peuvent certainement acquérir pour l'incapable dont les intérêts leur sont confiés. Mais on ne peut plus affirmer, sans démonstration préalable, que toute personne est apte à représenter un majeur dans l'acquisition de la possession.

Comment la question a-t-elle été soulevée ?

Il existe au Digeste un grand nombre de textes qui attestent que la possession est acquise à une personne par un intermédiaire ; ce sont ceux qui sont appelés par tous les auteurs à justifier leur doctrine de la possibilité de la représentation. Mais il existe aussi quelques autres textes moins connus, ignorés même en partie jusqu'à ces derniers temps, qui supposent au contraire que la représentation ne se réalise pas dans des hypothèses où il

semble qu'elle devrait se réaliser. On a compté jusqu'à quatorze de ces textes ; en réalité, nous croyons pouvoir les réduire à six, estimant que les autres ou bien sont trop obscurs, ou bien ne présentent que des difficultés apparentes (1).

Les voici :

1° L. 59, *de acq. rer. dom.*, XLI, 1 : « *Res ex mandatu* « *meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit qui* « *emit.* »

2° L. 13 § 2, *de usurp. et usuc.*, XLI, 3 : « *Si mandavero* « *tibi, ut fundum emas, ex eâ causâ traditum tibi diutinâ* « *possessione capis, quamvis possis videri non pro tuo pos-* « *sidere, quum nihil intersit, quod mandati judicio tenearis.*» C'est au profit du mandataire que se réalise l'usucapion, et il est tenu de faire profiter le mandant de l'exécution du mandat ; c'est donc lui qui est possesseur, mais obligé de transférer la possession au mandant.

1. Nous avons écarté trois textes pour obscurité : les lois 7 § 2. *Pro emtore*, XLI, 4 — et 2, Code IV. 50, qui prévoient des hypothèses assez complexes d'où l'on ne peut dégager une solution de principe ; — et la l 34, § 7, *mandati* XVII, 1. qu'on a ainsi commentée : «Les mots « *si restituas et tradere debes* » n'ont aucun sens. *Restituere* ne signifie pas autre chose que délivrer... Le passage ne devient intelligible que si l'on admet que le mot *tradere* a été par suite d'une légère interpolation, substitué à *mancipio dare*. Mais alors il résulte de ce passage que le mandataire était tout d'abord devenu propriétaire. Et le mandant lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une *res mancipi* ne se contente pas que la chose soit remise en fait à sa disposition ; il peut exiger le transfert du droit par la mancipation. » (Schlossmann p. 9.) Le seul fait qu'il faut recourir à une modification du texte nous l'a fait écarter du débat.

3° L. 30 § 4, *de leg.* III. XXXII : « *Qui fundum mandatu* « *meo in societatem mihi et sibi emerat, deinde eum finibus* « *diviserat, et prius quam mihi traderet, ita eum tibi legave-* « *rat : fundum meum illi do ; negavi, amplius partem deberi,* « *quia verisimile non esset, ita testatum esse patremfamilias,* « *ut mandati heres ejus damnaretur.* » Ce texte établit nettement que l'associé n'était pas encore devenu possesseur par l'appréhension qu'avait réalisée son co-associé et mandataire. Car supposant que ce dernier meurt avant d'avoir livré la moitié qu'il doit et après avoir légué le fonds, on se demande si le legs porte sur le tout ou seulement sur la moitié dont il devait rester propriétaire. Question incompréhensible si le testateur n'avait pas été possesseur de la totalité.

4 L. 74. *Pro socio,* XVII, 2. Ce texte doit être rapproché du précédent.

5°, L. 3, 1, *Qui pot. in pign.,* XX, 4 : « *Quum ex causâ* « *mandati prædium Titio, cui negotium fuerat gestum, debe-* « *retur, priusquam possessio ei traderetur, id pignori dedit,* « *etc.* » Le mandataire est tenu envers le mandant d'une obligation, c'est qu'il a acquis personnellement la possession et qu'il doit la transférer.

6° L. 12. *Si quid in fr. patr.* XXXVIII. 5 : « « *Libertus* « *quum fraudandi patroni causa fundum Seio tradere vel-* « *let, Seius Titio mandavit, ut eum accipiat, ita ut inter* « *Seium et Titium mandatum contrahatur ; quœro post* « *mortem liberti patronus utrum cum Seio duntaxat, qui* « *mandavit, actionem habeat, an cum Titio qui fundum*

« *retinet, an cum quo velit, agere possit. Respondit in eum* « *cui donatio quæsita est, ita tamen, si ad illum res perve-* « *nerit, actio datur, quum omne negotium, quod ejus volun-* « *tate gestum sit, in condemnationem ejus conferatur; nec* « *potest videri id præstiturus, quod alius possidet, quum ac-* « *tione mandati consequi rem possit ita ut aut ipse patrono* « *restituat, aut eum cum quo mandatum contraxit restituere* « *cogat...* » Le mandant n'a que l'action *mandati* contre son mandataire, il n'est donc pas possesseur.

Longtemps, à vrai dire, on ne soupçonna pas que cette contradiction des textes pût fournir une objection au principe incontesté de la liberté du choix du représentant, et telle est encore aujourd'hui l'opinion presqu'unanime des interprètes.

Les uns — ceux de l'école française, si l'on peut ainsi dire — résolvent la difficulté par une affirmation aussi simple que décisive. « Il est facile, dit M. Machelard, de faire disparaître toute contrariété si l'on songe que le mandat peut être donné de différentes façons. Rien n'empêche de convenir que le mandataire acquerra comme pour lui-même, sauf à transférer ensuite le bénéfice de son acquisition » (1).

Les autres — de l'école allemande — ont donné à leur explication un tour plus scientifique. Au fond, c'est la

1. Machelard. Textes du droit Romain sur la possession, les hypothèques et les donations entre époux. Paris, 1856, p. 29. — Cpr. Windscheid. Lehrbuch des Pandektenrechts. Dusseldorf, 1875-1878, 4e édit., 3 vol. t. I, § 155. p. 465.

même simplicité de solution. Ils ont remarqué que les textes qui n'admettent pas l'acquisition directe par intermédiaire, ne désignent jamais ce dernier par le mot *procurator*; ceux qui l'admettent au contraire se servent pour le désigner de cette expression. D'autre part, les textes semblent exiger, pour que l'acquisition directe se réalise, qu'elle ait été effectuée au nom du représenté. Du rapprochement de ces faits se dégage une double conclusion: l'acquisition de la possession n'est possible que *per procuratorem*; le *procurator* est le mandataire qui agit *nomine mandantis* et non *nomine proprio*, (1) c'est celui qui révèle aux tiers sa qualité, qui loin de se présenter comme le maître de l'affaire, laisse transparaître à travers

1. V. les auteurs cités par Schlossmann. p. 12, et s. — La doctrine la plus nette est celle d'Amann, que nous avons trouvé citée et dans Schossmann et dans Bekker (Das Recht des Besitzes bei den Römern. Leipzig, 1880, p. 206): « *Procurator*, dit-il, signifie exclusivement la personne qui agit conformément au mandat et en même temps au nom d'une tierce personne, en sorte qu'au moment où elle exécute le mandat, elle déclare expressément qu'elle agit au nom et en vertu du mandat d'un tiers qu'elle désigne; — au contraire *mandatarius* désigne tout aussi exclusivement la personne qui agit bien en vertu d'une mission à elle donnée, mais non pas au nom d'autrui, en sorte qu'au regard de son co-contractant l'affaire se conclut comme si aucun mandat n'était intervenu; en d'autres termes *procurator* désigne ce qu'Iherirg appelle un représentant, *mandatarius*, ce qu'il appelle un *Ersatzmann*. » Au fond, et dégagée de sa terminologie, cette doctrine est celle de Pothier : « *sed ex mandatu non aliter acquirit procurator domino negotii, quam si ejus nomine eam acceperit. Quod si hanc proprio nomine accepit, non prius domino negotii possessio dominiumque rei quæratur, quam si procurator tradiderit. Et de hoc casu accipe quod ait Callistratus : Res ex mandatu meo emta non prius mea fiet, quam si mihi tradiderit qui emit.* — (Pothier sur la l. 59. Dig. 41, 1.)

sa personnalité celle du mandant. La contradiction des textes est ainsi résolue : si l'acquisition n'a pas lieu directement, s'il y a deux transmissions de possession dans les hypothèses rapportées aux fragments cités plus haut, c'est que dans ces hypothèses l'intermédiaire n'était pas un *procurator*, il n'était qu'un *mandatarius*.

Nous verrons un peu plus loin ce qu'il faut penser de ces conciliations proposées du conflit des textes et de ce sens donné au mot *procurator*, ces questions sont l'objet des derniers chapitres ; ce qu'il faut retenir, c'est que l'une et l'autre sont d'accord pour admettre une pleine liberté dans le choix du représentant.

Or c'est ce principe même qui, après avoir si longtemps paru indiscutable, a rencontré la contradiction.

Un système a été proposé qui se flatte à la fois de renverser le vieux principe, et de concilier les textes contradictoires du Digeste. Nous devons, après avoir exposé l'affirmation, lui opposer la négation, sauf à rechercher ensuite leur valeur absolue et leur valeur relative.

La nouveauté même de cette négation nous oblige à un peu plus de détail dans son exposé.

Elle aussi part de ce principe que l'acquisition n'est possible que *per procuratorem*, mais selon elle, on s'est mépris complètement sur le sens du mot *procurator*. Ce mot n'a pas trait au mode d'exécution du mandat, il a trait à la qualité d'une personne. Et quand on dit que l'intermédiaire doit être un *procurator*, on ne veut pas dire qu'il doit agir de telle ou telle façon, mais qu'il doit

être pris dans une classe particulière de la société, celle des *procuratores*. Pour eux seuls il est dérogé à l'antique maxime *Nihil nobis per extraneam personam acquiri potest*, qui demeure dans tous les autres cas vraie en matière de possession comme ailleurs.

A Rome, en effet, d'après ce système, il existe dans la hiérarchie sociale, si l'on peut ainsi dire, une certaine situation qui ne s'établit pas juridiquement, — cela est essentiel à retenir, — mais se constitue par une certaine relation de fait entre deux personnes, et quiconque occupe vis-à-vis d'un tiers cette situation est le *procurator* de ce tiers. On est le *procurator* d'une personne comme on est son avocat, son notaire ou son médecin. On préciserait d'ailleurs assez difficilement en quoi consiste cette situation. Le *procurator* est le *factotum* sur qui on se décharge d'une partie de ses obligations. C'est la personne à qui l'on pourra s'adresser à défaut du maître ; celle qui gère les affaires qu'on ne peut faire soi-même ; qui, si les intérêts qui lui sont confiés l'exigent, saura prendre les initiatives nécessaires et se constituer gérant d'affaires pour le maître absent ou empêché. Les missions qu'elle recevra peuvent appartenir à des ordres d'idées très différents ; ce peut être l'éducation des enfants, comme la gestion du patrimoine. Entre le maître et le *procurator*, s'établiront des relations non seulement d'affaires, mais d'affection et d'intimité. Les moralistes et les satiriques nous apprennent même que cette introduction d'un étranger dans la famille n'était pas toujours sans

péril, mais ces relations expliquent notamment les inscriptions trouvées sur des tombeaux élevés par des maîtres à leurs *procuratores* ou par des *procuratores* à leurs maîtres (1).

Si ces notions sont exactes, il est évident qu'aucune action ne saurait naître de la simple constitution d'un *procurator*. Nulle sanction juridique à des relations de fait. La sanction interviendra naturellement lorsqu'un droit quelconque naîtra au profit de l'une des parties, et il est aisé de la déterminer d'avance d'après les principes généraux du droit. Le *procurator*, en effet, lorsqu'il accomplit un acte juridique, agit sur l'ordre du maître ou spontanément. Dans le premier cas l'action *mandati*, dans le second l'action *negotiorum gestorum* seront mises au service des intéressés. Un cas tout spécialement important où l'action *mandati* recevra son application est le cas où le *procurator* a reçu mission d'administrer un patrimoine, le cas du *procurator cui res administrandæ mandatæ sunt* (2). Le *procurator* administrateur est distingué par les jurisconsultes romains eux-mêmes du simple *procurator omnium bonorum* ; tandis que ce dernier agit tantôt comme mandataire, tantôt comme *negotiorum gestor* et dans tous les cas, ne répond que de ses actes, le *procurator* administrateur est tenu de l'action *mandati*, à raison non seu-

1. Friedlænder. Mœurs Romaines du règne d'Auguste, trad. Vogel. Paris, 1865, 4 vol. T. I. p. 361 et s. — Nous employons le mot maître dans un sens qui n'est pas le vrai ; mais nous ne trouvons pas d'autre expression plus satisfaisante.

2. L. 63, *de proc. et def.* III. 3.

lement de ses actes, mais de ses négligences. C'est l'ensemble de sa gestion qui est examiné, on met en balance ses fautes et ses succès, ses actes et ses omissions, et l'on recherche, si, tout compte établi, il a fait un bon ou un mauvais emploi de son activité.

On a naturellement demandé aux textes la justification de cette théorie et on a cru l'y trouver.

Pour établir cette première proposition, que le caractère du *procurator* est un caractère durable et permanent, non pas le simple résultat de la situation qu'il prend dans une opération juridique donnée, ce système remarque qu'à part un ou deux textes du jurisconsulte Ulpien, les fragments du Digeste n'attribuent jamais d'une façon certaine la qualité de *procurator* à une personne chargée d'une seule affaire (1). On est donc autorisé à penser que la mission du *procurator* et son caractère n'étaient point éphémères et limités à l'accomplissement de tel ou tel acte juridique. Ainsi s'explique cette expression fréquente dans les textes et qui suppose un lien durable entre le *procurator* et celui qui l'a constitué : *procurator meus* (2). Ainsi s'explique la mention très fréquente du tuteur, du curateur et du *procurator*, côte à côte et dans des conditions d'égalité parfaite : on ne niera pas que les deux premiers soient revêtus d'un caractère indépendant de l'accomplissement de tel ou

1. On excepte, bien entendu, le *procurator litis* qui doit rester en dehors de la discussion. — V. les textes dans Schlossmann, p. 98.

2. L. 20, § 2, *de acq. rer. dom.*, XLI, 1 ; — L. 34, § 1, *de poss.*, XLI, 2 ; — L. 41, *de usurp. et usuc.*, XLI, 3.

tel acte spécial (1). Ainsi enfin et ainsi seulement s'explique cette formule où la doctrine vulgaire doit voir une tautologie : « *Procurator, si quidem mandante domino.* » — *Si procurator, ex mandato meo...* » (2).

On trouve également dans les textes la distinction entre le *procurator* simple et le *procurator* chargé d'une administration (3).

1. V. not. L. 13, § 1, *de acq. rer. dom.*, XLI, 1 ; — L. 1, § 20, *de poss.*

2. L. 13, pr. *de acq. rer. dom.*, XLI, 1 ; — L. 42, § 1, *de poss.*

3. L. 6, § 6, *mand.*, XVII, 1 ; — L. 63. *de proc.*, III, 3 ; — L. 17, § 3, *de jurej.* XII, 2 ; — L. 25, § 3, *de ædil. ed.*, XXI, 1.

C'est au moyen de cette distinction que Schlossmann essaie de concilier deux textes curieux du Digeste Les lois 46, § 7, et 47, *de proc.*, III, 3, ont de tout temps stimulé l'ingéniosité des interprètes, et bien que la question ne rentre pas dans le cadre de notre étude, il nous a paru intéressant de signaler au passage la nouvelle explication en l'opposant à une solution très curieuse que nous avions trouvée dans Pothier.

Les deux textes supposent qu'une personne a constitué deux *procuratores*, l'un d'eux ou chacun d'eux se trouve être débiteur du maître ; l'autre peut-il exiger le paiement ? La loi 46, § 7, l'admet : l'autre loi ne l'admet pas.

L. 46, § 7, *de proc.* : « *Si duobus mandata sit administratio negotio-* « *rum quorum alter debitor sit mandatoris, an alter cum eo recte ac-* « *turus sit ? Et utique recte; non enim ob id minus procurator intelli-* « *gitur, quod is quoque, cum quo agitur, procurator sit.* »

L. 47, ib.: « *Qui duos procuratores omnium rerum suarum relinquit,* « *nisi nominatim præcepit, ut alter ab altero pecuniam petat, non vide-* « *tur mandatum utrilibet eorum dedisse.* »

Selon Pothier, ces deux textes se concilient ainsi : « En principe, le mandat donné à un *procurator* comporte le droit de recouvrer les créances du maître. Cela est vrai en thèse générale, même quand le débiteur est lui-même un *procurator*. Mais « *hoc non obtinet, si uter-* « *que procurator debitor sit, nisi specialiter alteri ex his mandatum* « *sit.* » De là la solution du second texte.

Selon Schlossmann, la contradiction apparente a son explication dans

Enfin on y trouve la preuve que la relation du *procurator* avec son maître est une relation de fait. Les textes, en effet, prévoyant le cas d'un simple *procurator*, reconnaissent deux actions, comme applicables à ses rapports avec le maître : l'action *mandati* et l'action *negotiorum gestorum*. L'auteur cite à cet égard des textes auxquels il suffit de renvoyer (1). Il résulte évidemment de cette duplicité d'actions que ce n'est pas un lien de mandat qui existe entre le *procurator* et le maître, qu'il n'existe même aucun lien, puisque les relations juridiques qui s'établiront entre eux ne sont point déterminées d'avance et dépendront des circonstances. Le lien se formera à propos de chacun des actes réalisés.

Le conflit des textes est facile à résoudre si l'on admet ce système. La règle *Nihil nobis per extraneam personam acquiritur* est vraie en matière d'acquisition de possession comme en toute autre matière, et les textes qui attribuent la possession de la chose appréhendée au mandataire en font simplement l'application. La règle fléchissait seulement lorsque celui qui voulait acquérir prenait pour mandataire son *procurator* ou l'un de ses *procuratores*. Sans doute, on avait pensé que les liens qui l'unissaient à ce *procurator* ressemblaient assez aux liens de famille ou de servitude pour permettre d'appliquer à

ce fait que le premier texte suppose un *procurator* administrateur, et le second un simple *procurator omnium bonorum* qu'aucun lien juridique n'unit au maître.

1. L. 17, pr. *de in rem verso*, XV, 3; — L. 51, § 1, *de ædil. ed.*, XXI, 1; — L. 3, *de tut. et distr.* XXVII, 3 ; — L. 8, § 6, *de lib. leg.*, XXXIV, 3.

cette hypothèse des règles analogues à celles de l'acquisition *per servum* ou *per filium*.

C'est ainsi que s'est trouvée posée, à l'occasion de la contradiction de quelques textes, la question de la liberté du choix du représentant dans l'acquisition *per liberam personam*. Trois systèmes en résumé ont été formulés :

Pour le premier, liberté complète dans le choix du représentant. — Si les textes du Digeste sont contradictoires, ce n'est pas que l'acquisition soit réalisée par des intermédiaires différents dans les hypothèses diversement résolues, c'est que l'intention de ces intermédiaires n'est pas la même.

Pour le second, la liberté est aussi complète. — La diversité des solutions qu'on trouve au Digeste n'infirme en rien ce principe. Elle tient au mode d'exécution du mandat. L'intermédiaire peut agir en son nom personnel, et c'est un mandataire ; il n'y a pas alors représentation. Il peut agir au nom d'autrui, et c'est un *procurator* qui peut représenter autrui.

Le troisième système enfin emprunte au second cette idée qu'il ne peut y avoir de représentation que dans les acquisitions *per procuratorem*, mais il voit dans le *procurator* une personne investie d'un certain caractère indépendant de la manière dont elle se comporte, et il limite aux personnes investies de ce caractère la possibilité d'être choisies pour représentants.

Nous avons exposé, sans les critiquer, ces systèmes, et

il le fallait pour éviter toute confusion entre eux et les solutions que nous proposerons de leur substituer. Car, il faut bien le dire, aucun d'eux ne nous semble avoir résolu d'une façon décisive ni la question principale de la liberté du choix du représentant, ni la question accessoire, occasion de la précédente, de la conciliation des textes du Digeste.

Voici quelle serait notre thèse :

La liberté du choix du représentant n'a pas toujours existé à Rome, elle y fut admise d'assez bonne heure et s'y est maintenue jusqu'à la fin. Et l'histoire de cette évolution est l'histoire du sens du mot *procurator*.

Quel est ce sens ?

Nous posons en principe que tout *procurator* est un mandataire ; c'est le mandat qui constitue *procurator*. On appelait, il est vrai, *procuratores* les gérants d'affaires, mais seulement quand leur gestion avait été ratifiée et parce que la ratification équivaut à mandat. Cette proposition répond à celle de Schlossmann.

A une certaine époque, les notions de *procurator* et de mandataire ne se confondirent pas : le mot *procurator* était réservé au mandataire général, au régisseur des biens, et c'est ce régisseur seul que l'on pouvait investir, en dehors de sa mission générale, de la mission particulière d'acquérir la possession d'une chose. Plus tard, les notions de *procurator* et de mandataire se confondirent, et ce ne fut faire allusion à aucune restriction que de dire

qu'on devait se servir d'un *procurator* pour réaliser une acquisition de possession. Jamais, dans tous les cas, on ne distingua le *procurator* du mandataire au mode convenu d'exécution du mandat. C'est la réponse au système de la liberté du choix du représentant à toutes les époques du droit romain, et en particulier à la doctrine vulgaire allemande.

Le *procurator* est un mandataire ; nous en trouvons la preuve dans les textes. Il y a d'abord la définition du *procurator* par Ulpien en termes qui semblent ne comporter ni discussion ni commentaire : « *Procurator est qui aliena negotia mandatu domini administrat* » (1). De telles expressions ne sauraient vraiment laisser place au doute. Mais ce qui leur donne une valeur absolument décisive ce sont les fragments empruntés à des livres divers du Digeste, statuant sur des espèces variées, émanant d'auteurs différents et qui concordent absolument avec la formule d'Ulpien. Les uns emploient comme expressions synonimes les mots *procurator* et *cui mandatum est* (2). Trois autres déclarent formellement que l'action dont est tenu le *procurator* est l'action *mandati*. « *Quum per procuratorem*, dit l'un d'eux, *causam tuam læsam esse dicis, mandati actio adversus eum tibi competit* » (3). Et la l. 49 § 2. *De poss.*, XLI, 2. qui a trait à la matière même de l'acquisition de la possession : « *Etsi possessio per pro-*

1. L. 1, pr. *de proc.* III, 3.
2. L. 12 § 7. *Mand.*, XVII, 1. — L. 17, *de lib. causâ.*, XL. 12.
3. L. 9. Code. *Mand.*, IV. 35.

*curatorem ignoranti quæritur, usucapio vero scienti competit, tamen evictionis actio domino contra venditorem invito procuratore non datur, sed per actionem mandati eam cedere cogitur.* » La L. 3 § 2. *De in rem verso.* XV, 3, emprunte une valeur particulière à ce fait qu'elle établit une antithèse entre l'action *mandati* et l'action *negotiorum gestorum,* pour attribuer la première au *procurator,* la seconde au *negotiorum gestor* : « *Et regulariter dicimus, toties de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati, vel qui negotia gessit negotiorum gestorum, haberet actionem...* ». Il est si vrai, d'ailleurs, que pour être *procurator* au sens exact du mot, il faut avoir reçu un mandat, qu'un texte qui clora très bien la série n'accorde, par une sorte de tolérance *(videtur),* la qualité de *procurator* à un gérant d'affaires qu'après la ratification du maître qui va assimiler ses actes à ceux d'un mandataire (1) : « *Procuratorem eum accipere debemus, cui mandatum est, sive hujus rei tantum mandatum susceperit, sive etiam universorum bonorum. Sed et si ratum fuerit habitum, procurator videtur* » (2).

Qu'objecter à cet ensemble de décisions précises et concordantes ? L'existence de certains textes qui parlent de la ratification des actes d'un *procurator,* qui reconnaissent à son profit ou contre lui l'existence de l'action *negotiorum gestorum.* C'est le grand argument du système que nous combattons. Il ne nous paraît pas pouvoir prévaloir, malgré sa gravité apparente, contre l'argumentation dont

1. *Ratihabitio mandato æquiparatur.*
2. L. 3 § 2. *Jud. solvi,* XLVI, 7.

nous avons cherché les éléments dans les sources. Peut-être et sans doute l'objection n'aurait-elle pas paru aussi victorieuse à son auteur, s'il eût tenu plus rigoureusement compte d'une distinction essentielle qu'il ne paraît pas avoir réussi à expliquer.

Le mot *procurare,* en effet, qui est incontestablement celui dont on a fait *procurator,* a un sens très général. Il signifie : s'occuper d'une chose, lui donner ses soins. A ce point de vue rien n'aurait empêché qu'on se servît de l'expression *procurator* pour désigner quiconque se chargeait des affaires d'autrui ou lui rendait service. Il est probable que le langage usuel devait volontiers s'attacher à ce sens très général. Les jurisconsultes eux-mêmes n'ont pas toujours évité la confusion. Mais précisément le désir d'éviter des équivoques faciles fit établir une distinction, selon nous très importante, la distinction du *verus* et du *falsus procurator*. Le *verus procurator* est très certainement un mandataire. « *Vero procuratori recte solvitur,* dit Ulpien. *Verum autem accipere debemus, cui mandatum est vel specialiter, vel cui omnium negotiorum administratio mandata est* » (1). Voilà qui est net, précis et embarrassant pour la thèse contraire. Elle a tenté d'éluder la difficulté par une définition étrange du *falsus procurator :* « Est appelé *falsus procurator,* dit-on, celui qui est un simple *procurator* (c'est-à-dire un *procurator* non investi d'un mandat), aussi bien que celui qui de bonne ou de mauvaise foi se donne faussement comme

1. L. 12, pr. *de sol. et lib.*, XLVI, 3.

*procurator* » (1). C'est là, ce nous semble, une terminologie bizarre. Le *procurator* et celui qui, mensongèrement, prétend avoir cette qualité, se trouvent confondus sous la même dénomination. Et il faut même convenir que cette dénomination, qui éveille l'idée de fausse qualité, est assez malheureuse pour désigner un vrai *procurator*. La vérité est que dans la langue du droit, celui-là seul est *procurator* qui est *verus procurator*, c'est-à-dire qui a reçu un mandat. La langue vulgaire a introduit une confusion dans les idées : des personnes qui n'ont pas la qualité de *procuratores*, sont désignées sous ce nom dans la pratique quotidienne ; mais le droit ne voit en elles que ce qu'elles sont, de faux *procuratores*. Tout au plus, comme nous l'apprenait un texte tout à l'heure, consentira-t-il à leur reconnaître la qualité de *procuratores* quand leurs actes auront été ratifiés.

En partant de ces idées on arrive assez aisément à la solution des textes qui nous sont opposés. Quelle est exactement l'hypothèse prévue ? Quelques-uns supposent, sans doute, la ratification survenue, et l'emploi du mot *procurator* est alors justifié (2). Dans les autres il peut s'agir d'un *procurator* qui a dépassé son mandat, parce qu'au cours de sa mission il a trouvé l'occasion d'accomplir un acte utile à son maître et qui ne rentrait pas dans sa mission, d'un simple gérant d'affaires, d'une personne qui prend faussement la qua-

1. Schlossmann, p. 117.

2. On peut aussi rappeler, ce qui semble admis en doctrine, qu'à une certaine époque l'action *negotiorum gestorum* avait été une action générale applicable même au cas de mandat.

lité de *procurator* ; mais, dans tous les cas, c'est l'introduction dans une théorie juridique d'un mot inexact, parce qu'il est pris au sens vulgaire ; ce n'est pas d'un vrai *procurator* qu'il est question, et la nécessité d'une ratification le prouve suffisamment. « *Rem ratam haberi,* dit Ulpien dans un texte qui nous a frappé, *hoc est comprobare agnoscereque quod actum est a falso procuratore* (1).

Le *procurator* est donc, en principe, un mandataire, et ce qui le constitue tel, c'est le mandat : on n'est *procurator* que parce qu'on est mandataire (2).

Mais il y a, cependant, une distinction à faire entre les notions de *procurator* et de mandataire à une certaine époque du droit romain, et l'idée de cette distinction nous est fournie par le jurisconsulte Ulpien : « *Procurator est,* dit-il, *qui aliena negotia mandatu domini administrat. Procurator autem vel omnium rerum, vel unius rei esse potest, constitutus vel coram, vel per nuntium, vel per epistolam, quamvis quidam, ut Pomponius libro vici-*

1. L. 12, § 1, *Rem rat. hab.*, XLVI, 8. — Nous avons trouvé dans Cujas une confirmation de la solution que les textes nous avaient fournie. En divers endroits de ses œuvres, il parle d'un *procurator voluntarius ;* c'est celui que nous appelons le *falsus procurator.* Voici notamment un passage très clair : « *Voluntarius procurator est qui se alienis negotiis offert sine mandato, qui voluntarius amicus in oratione pro Cœcina, voluntarius procurator in Bruto, procurator simpliciter in Pandectis, sæpe cum tamen propriè simplex appellatio ei tantum conveniat qui mandatum habet.* (Obs. Lib. VII, ch. 26. Edit. Compl. Naples, 1722, t. 3, p. 182, D.)

2. On verra un peu plus loin que dans la dernière période du droit romain le gérant d'affaires dont la gestion est ratifiée est appelé *procurator.* C'est que la ratification équivaut à mandat.

*simo quarto scribit, non putent unius rei mandatum suscipientem procuratorem esse, sicuti ne is quidem qui rem perferendam, vel epistolam, vel nuntium perferendum suscepit, propriè procurator appellatur* » (1). Une conséquence importante se dégage de ce texte : à l'origine et même durant un assez long temps le mot *procurator* ne fut entendu que du mandataire général dont l'action s'étendait à plusieurs affaires, chargé par exemple de toute une administration.

C'était, nous dit Ulpien, l'opinion de Pomponius et de plusieurs autres jurisconsultes, parmi lesquels les expressions du texte nous autorisent à compter des contemporains même d'Ulpien *(quidam putant)*. Le seul fait qu'un jurisconsulte d'une telle autorité que Pomponius soutenait cette opinion autoriserait à croire qu'elle était au moins très accréditée de son temps. Le raisonnement indique qu'à une certaine époque ce dut même être la seule soutenable. On ne se figure pas aisément une doctrine juridique qui d'un mot employé jusqu'à elle dans le sens le plus général, cherche à faire une expression technique, luttant contre l'usage et les traditions ; et l'on saisit mal ce qui aurait déterminé des jurisconsultes à restreindre le sens du mot *procurator*. Faut-il observer que Pomponius faisait partie de l'école Sabinienne peu favo-

1. L. 1, pr. et § 1, *de proc.*, III, 3. On remarquera que ce texte confirme ce que nous avons dit des inexactitudes du langage courant à Rome. Le porteur d'une lettre, d'une nouvelle était, le jurisconsulte nous le donne à entendre, assez souvent, quoique improprement, appelés *procurator*.

rable aux innovations et conservatrice plutôt des idées du passé ? Ce qui est vraisemblable, c'est que tous ces jurisconsultes loin de former comme un petit parti de novateurs, constituaient à ce point de vue un groupe de résistance aux idées nouvelles d'une école progressiste, qui fut frappée sans doute de la portée très générale du mot *procurare* ou dont la logique juridique ne comprit pas qu'il y eut une différence à faire entre les mandats selon leur étendue. C'est bien dans une école de ce genre que l'on classerait volontiers le jurisconsulte Ulpien. Les conclusions auxquelles nous arrivons sont d'ailleurs confirmées par un texte de Cicéron : « *Is qui legitime procurator dicitur omnium rerum ejus qui in Italiâ non sit absitve reipublicæ causâ, quasi quidam pœne dominus, hoc est alieni juris vicarius* » (1). Ce texte invite à bien des conjectures qu'il serait téméraire de faire ; il semble notamment supposer nécessaire pour l'existence d'un *procurator* l'absence du maître au service de la république ; nous n'en retenons qu'une chose, la nécessité d'un mandat général.

A cette époque donc qui va jusqu'à Pomponius et peut-être même au delà, voici comment nous concevrions le *procurator*. Une personne qui ne peut ou ne veut s'occuper personnellement de ses affaires, constitue à côté d'elle une sorte de régisseur, d'intendant ou de maître d'affaires. Celui-ci a les pouvoirs les plus divers. Tantôt il n'est qu'un exécuteur des volontés de son mandant,

1. Ciceron, *pro Cœcinâ*, § 57.

tantôt il a l'administration indépendante du patrimoine. Dans tous les cas, sa situation vis-à-vis du maître est le plus souvent une situation subalterne. Ce *procurator*, on peut le conjecturer du moins, est pris ou dans une catégorie d'hommes d'une classe inférieure et vivant de leur salaire, ou encore et plus souvent sans doute parmi les affranchis. On sait en effet qu'à Rome un esclave était parfois investi d'une certaine autorité sur les autres esclaves et chargé de la gestion d'intérêts importants (1). La liberté était la récompense de ses services. Il est très naturel, il devait être très fréquent que, devenu libre,

1. Dans une étude que M. Fustel de Coulanges a récemment publiée dans la Revue des Deux Mondes sur le Domaine rural chez les Romains, il est incidemment question du *procurator* et en termes qui doivent être signalés. L'éminent auteur étudie l'organisation des services divers d'une exploitation rurale, la hiérarchie des esclaves préposés à cette exploitation, et après avoir énuméré diverses situations inférieures, il ajoute : « Au-dessus d'eux est le procurateur, *procurator*; il représente le maître au dehors, il fait pour lui les achats et les ventes, il est son fondé de pouvoirs» Puis revenant sur l'ensemble de l'énumération : « Toutes ces hommes, dit-il, sont de condition servile. Deux d'entre eux, l'*actor* et le *procurator* peuvent être dans le pays d'assez gros personnages, hautains en proportion de la richesse du maître et souvent redoutés du voisinage ; ils n'en sont pas moins comme les autres de simples esclaves. Cela est attesté par les jurisconsultes du Digeste et par nombre d'inscriptions. Il y a quelques exemples d'un *procurator* qui est homme libre, mais ces exemples sont rares » (Revue des Deux-Mondes, 15 septembre 1886, p. 341-342). Cette opinion est d'autant plus difficile à discuter que les sources ne sont pas citées dans le travail de M. Fustel de Coulanges. Elle nous paraît propre à expliquer l'évolution du droit en notre matière, et nous le ferons remarquer un peu plus loin. Mais il nous semble que les jurisconsultes du Digeste dont on invoque l'autorité ne témoignent pas autant qu'on le prétend de la rareté des *procuratores* libres. Ils parlent constamment d'actions *mandati* ou *negotiorum gestorum* applicables au *procurator*, et ces actions ne se comprennent pas entre un maître et un esclave.

il conservât la position qu'il avait auparavant dans l'administration du patrimoine. Il était tout indiqué pour devenir le *procurator* de son ancien maître (1).

Qu'on se rappelle maintenant que la plupart des textes qui admettent l'acquisition *per extraneam personam* supposent qu'elle est réalisée *per procuratorem ;* qu'on rapproche de ce fait la formule de Paul dans un texte important: « *Per liberas personas, quæ in potestate nostrâ non sunt, acquiri nobis nihil potest, sed per procuratorem acquiri nobis possessionem posse utilitatis causa receptum est* » (2); et l'on comprendra aisément le développement de la très importante exception apportée pour l'acquisition de la possession à la règle *Nihil nobis per extraneam personam acquiri potest*. Le *procurator* dont nous venons de parler se prête mieux que tout autre à un effacement de la personnalité, telle que la veut la représentation, à raison de la position subalterne qu'il occupe. Cette idée est frappante lorsque le *procurator* est en même temps un affranchi. C'est la première personne à qui le droit dût songer, et la fréquence du mot *procurator* dans les textes ainsi que la formule de Paul permettent de penser que c'est la première à qui il songea pour introduire une exception aux principes généraux. Admettre,

1. Les textes nous ont fourni les éléments de cette démonstration. Nous avons été toutefois encouragés à la croire exacte en lisant dans l'ouvrage de Windscheid, cette phrase qui la corrobore : « Originairement le mot *procurator* ne convenait qu'au fondé de pouvoirs général.» (Windscheid. T I. § 155, n. 9.)

2. Paul. Sent. L. V. 2 § 1.

après avoir prohibé toute acquisition *per extraneam personam*, que je pourrai m'adresser à un tiers qui m'est absolument étranger, pour réaliser une acquisition après laquelle il me redeviendra aussi étranger qu'avant, c'eût été un procédé radical dans une législation qui avait pris un soin tout particulier de proscrire ces sortes d'acquisitions ; et tout procédé radical est anormal dans le développement de la législation romaine dont le caractère est d'évoluer sans secousses. Nous pouvons d'autre part tenir pour certain que l'exception admise pour le *procurator* ne le fût qu'après de longues hésitations et malgré la résistance de plusieurs jurisconsultes ; Nératius en témoigne (1). Est-il admissible qu'une innovation si contestée dans son principe fût dès son apparition aussi profonde et aussi absolue qu'on le prétend ? Elle devait paraître bien plus acceptable, restreinte aux personnes déjà attachées au service de l'acquéreur, et qui ne devaient en somme qu'accomplir plus complètement et plus utilement une tâche dont elles étaient déjà chargées. On verra d'ailleurs que l'idée première d'où sortit l'innovation, c'est que le maître a à sa disposition la chose appréhendée par autrui. Combien cette idée n'est-elle pas plus saisissante, lorsque celui qui la détient pour lui est son subordonné, son salarié, son esclave d'hier ? (2).

1. L. 41. *De usurp. et usuc.*, XLI, 3 : « *Si rem subreptam mihi procurator meus apprehendit, quamvis per procuratorem possessionnem adipisci nos* jam fere conveniat, *nihilo magis eam...* »

2. C'est ici le lieu de rappeler l'opinion plus haut citée de M. F. de Coulanges, d'après lequel le *procurator* est un esclave. Si cela fut vrai

Tout autorise à penser que l'acquisition ne fut possible à l'origine que par l'intermédiaire de ce *procurator*. Lui seul pouvait au cours de sa mission recevoir le mandat particulier d'acquérir la possession, s'il n'était déjà impliqué dans cette mission même.

Mais cette restriction dans le choix des représentants n'eut un sens que pendant un certain temps. Peu à peu la notion du *procurator* s'élargit, et ce fut une occasion toute naturelle d'élargir en même temps la brèche commencée à la règle devenue gênante du droit antérieur. On applique successivement la qualification de *procurator* au mandataire particulier et au gérant d'affaires dont la gestion a été ratifiée (1). Ce mandataire, ce gérant d'affaires deviendront, eux aussi, des instruments d'acquisition, et désormais Modestin pourra dire : « *Quod naturaliter acquiritur, sicuti possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere acquirimus* » (2).

à l'origine, on conçoit très bien que lorsque l'homme libre reçoit à son tour un titre, des fonctions semblables, on admet que cet homme libre, dont la situation était quasi-servile pourrait acquérir à son mandant comme l'esclave auquel il était assimilé.

1. L. 3. § 2, *Jud. solvi.*, XLVI. 7 : « *Procuratorem eum accipere debemus cui mandatum est, sive hujus rei tantum mandatum susceperit, sive etiam universorum bonorum. Sed et si ratum fuerit habitum, procurator videtur.* ».

2. L. 53. *De acq. rer. dom.*, XLI, 1. Ce texte peut être opposé au système de Schlossmann sur le *procurator* et l'acquisition de la possession. Il faut reconnaître cependant qu'il en a fourni une très ingénieuse explication. *Quemlibet* est opposé à *eos qui in potestate nostrâ sunt*. On peut admettre que ce mot exprime simplement la possibilité d'acquérir la possession soit par une personne en puissance, soit par une personne libre, sans préjuger la question de savoir par quelles personnes libres on peut réaliser des acquisitions.

La question principale qui est posée en tête de ce chapitre est donc résolue. On se rappelle qu'elle s'est posée à propos de la contradiction de quelques textes du Digeste et, au risque d'introduire dans ce chapitre quelques éléments hétérogènes, nous avons cru possible de faire connaître dès à présent, pour n'y plus revenir, les conciliations proposées.

Cette question accessoire ne nous retiendra pas.

Deux de ces conciliations disparaissent avec les explications que nous venons de donner sur le sens du mot *procurator* et la liberté : ce sont celles qui, se fondant sur cette double idée que l'acquisition directe de la possession n'est possible que *per procuratorem*, et que dans les textes qui n'admettent pas cette acquisition, il ne s'agit pas d'un *procurator*, donnaient à ce mot *procurator* un sens que nous avons reconnu n'être pas le vrai.

Il en reste encore deux possibles : celle qui explique la négation de l'acquisition directe dans les textes cités plus haut par l'intention des parties de laisser reposer provisoirement la possession sur la tête de l'intermédiaire ; celle qui sans appeler *procurator* le mandataire qui agit *nomine alterius*, ne reconnaîtrait cependant qu'à lui le pouvoir de rendre un tiers possesseur directement, et expliquerait ces mêmes textes par ce fait que dans les hypothèses prévues par eux, l'acquisition n'a pas eu lieu *nomine alterius*. Il semble que ce ne serait pas ici le lieu de juger ces explications ; car nous ne recherchons encore ni quelle doit être l'intention des parties, ni comment

doit se comporter l'intermédiaire. Mais il n'est pas besoin d'avoir résolu ces deux questions pour rejeter les conciliations proposées: on peut, sans préjuger leur solution, les écarter d'un seul mot: dans aucun des textes cités il n'est fait allusion à ce fait que l'intermédiaire aurait voulu retenir provisoirement la possession (1), ni à ce fait qu'il aurait agi en son nom personnel. Les conciliations en questions sont donc arbitraires. Et de fait nous n'en connaissons aucune qui ne le soit pas.

Peut-être les textes cités rapportent-ils des décisions d'espèce que nous ne pouvons apprécier en connaissance de cause ; peut-être même, et l'on nous pardonnera la hardiesse de cette conjecture, quelques-uns d'entre eux contiennent-ils des solutions vieillies, oubliées au Digeste. Le plus embarrassant de ces textes, par exemple, la L. 59, *de acq. rer. dom.*, XLI, 1, est de Callistrate ; peut-être Callistrate était-il au nombre des jurisconsultes

1. Le seul d'entre eux qui fasse allusion à l'intention de l'intermédiaire, semble même la supposer toute différente : « *Qui mihi et sibi acquirit* », dit la L. 30 § 4. De leg. 3° XXXII.

C'est cependant par une distinction analogue entre les diverses intentions de l'intermédiaire qu'on peut résoudre la difficulté apparente soulevée par un texte au Digeste.

La L. 135. 2. *De verb. oblig.*, XLV. 1, dit : « *Seia cavit Lucio Titio quod mandante eo hortos emisset, quum pretium omne cum usuris ab eo recepisset, se in eum proprietatem hortorum translaturam....* » La difficulté que soulève ce texte et qu'on aperçoit à la simple lecture, se résout aisément. La représentation n'existe, en effet, que si le représentant a voulu acquérir directement pour son mandant ; il peut au contraire vouloir garder la propriété de la chose sur sa tête pendant un certain temps, sauf à la retransférer au mandant, comme garantie, par exemple, du remboursement des avances qu'il a pu faire. Il est manifeste que le texte prévoit une hypothèse de ce genre.

qui, nous dit Ulpien, refusaient de reconnaître la qualité de *procurator* au mandataire particulier et refusaient probablement aussi la faculté d'acquérir la possession par d'autres que des *procuratores*. Dans tous les cas, on ne saurait, pour un très petit nombre de fragments difficiles à expliquer, renoncer aux solutions que fournit l'ensemble des textes (1).

1. La seule chose qu'il puisse être intéressant d'établir, c'est qu'en effet le nombre de ces fragments est restreint. On a cité comme faisant difficulté cinq autres textes. Deux d'entre eux sont expliqués au cours de ce travail : la L. 135, § 2, *de verb. oblig.*, XLV, I (V. p. et et 182), et la L. 34, § 7, *de sol. et lib.*, XLVI, 3 (V. p. 65). Les autres nous paraissent assez facilement explicables.

L. 5. pr. *de don. int. vir. et ux.* XXIV, 1 : « *Si sponsus sponsæ donaturus tradiderit Titio, ut is sponsæ daret, deinde Titius tradiderit post nuptias secutas, si quidem eum interposuerit maritus, donationem non valere, quæ post nuptias contractas perficiatur ; si vero mulier eum interposuerit, jamdudum perfectam donationem, hoc est ante nuptias, atque ideo, quamvis contractis nuptiis Titius tradiderit, donationem valere.* » Nous ne voyons rien dans ce texte qui contredise l'idée de l'acquisition de la possession au mandant par le seul fait de l'appréhension du mandataire. La loi valide la donation entre époux lorsque les objets donnés ont été remis au mandataire du conjoint donataire avant le mariage ; comme la donation n'est valable que si elle est parfaite avant le mariage, et qu'elle n'est parfaite que si l'objet donné est devenu la propriété du donataire, ce texte prouve que dès la remise au mandataire, le conjoint est devenu possesseur et propriétaire. Et le mot *tradiderit* qui est à la fin du texte doit s'entendre d'une simple remise matérielle des objets par le mandataire au conjoint.

La L. 3, § 7, *de itin. actuque privato*, XLIII, 19, n'accorde au mandant, quand un représentant a appréhendé pour lui la possession, que l'interdit « *ut ille usus est.* » On en a conclu que le mandant n'avait pas été possesseur dès le début ; sinon on eut accordé l'interdit avec la formule ordinaire. L'objection n'est pas décisive. Le préteur reconnaît par cette formule un fait matériel qu'il ne peut méconnaître ; que le mandant fut ou non possesseur, il n'était pas détenteur ; rien ne peut faire qu'il ait usé personnellement de la chose. Mais lui accorder l'interdit, n'est-ce pas dire qu'il était possesseur ?

L. 2, Code, VII, 10 : « *Felicissima, quam mandante te servum emisse « dicis, si dominium servi, quem manumisit, nondum ad te transtule- « rat, frustra petis, ut denegata libertate ejus, quem manumissum di- « cis, possessio tibi tradatur.* » Ce texte est assez embarrassant. On peut cependant l'expliquer. La Constitution est d'Alexandre Sévère. Sous son règne, l'esclave est encore *res mancipi*. Le mandataire qui achète un esclave en est donc propriétaire tant qu'il ne l'a pas transféré par mancipation au mandant. Etant propriétaire, il peut l'affranchir. Il importe peu à la validité de l'affranchissement que la possession appartienne au mandataire ou au mandant. A qui appartient-elle ? C'est la question qui nous intéresse. Or, si l'on réfléchit que le mot *possessio* est quelquefois pris dans le sens de détention matérielle, on ne verra rien dans le texte qui empêche de reconnaître la possession juridique au mandant dès le jour de l'achat. La validité de l'affranchissement fait par le mandataire ne peut, nous le répétons, être une objection.

Sous Justinien, il n'y a plus de *res mancipi;* l'explication donnée est donc inadmissible. Il est certain cependant que le texte fait allusion à une *res mancipi;* il suppose que la propriété a pu être transférée sans tradition de la chose ; la *mancipatio* est le principal mode de transfert qui réalise cet effet juridique. Et, ce qui est décisif, l'esclave est *res mancipi* sous Alexandre Sévère. La Constitution a été conservée par erreur au Code de Justinien. Et il est même piquant de constater que le sens paraît ne pas avoir été bien compris par les rédacteurs du Code ; il est question au texte de l'affranchissement d'un esclave par son propriétaire (*dominium ad te nondum transtulerat*) ; or, nous le trouvons au titre : *de his qui a non domino manumissi sunt.*

## CHAPITRE III

### L'ÉLÉMENT MATÉRIEL DE LA POSSESSION DANS L'ACQUISITION « PER LIBERAM PERSONAM. »

La possession existe par la réunion de deux éléments : le *corpus* qui consiste en une certaine relation matérielle entre une personne et une chose, l'*animus* qui *qualifie* cette relation.

Peut-on préciser la notion du *corpus* qui doit nous occuper ici ? M. Ihering semblerait presqu'en douter. Pour lui, l'existence du *corpus possessionis* est une question de pure expérience, de vie quotidienne. Le criterium à suivre est tout simplement la manière dont le propriétaire exerce ordinairement sa propriété sur les choses (1). En sorte qu'on pourrait dire que lorsqu'une chose est placée dans la situation où elle se trouve lorsque le propriétaire exerce sur elle son droit de propriété, elle est possédée. Il fallait signaler cette définition, on le verra tout à l'heure, mais nous lui en préférons une autre plus précise, celle de Savigny et de la plupart des interprètes, et, après eux, nous définirons le *corpus* : « La possibilité ma-

1. V. Ihering, Fondement des interdits possessoires, trad. de Meulenaere, 2e édit. Paris, 1882, p. 167.

térielle d'agir immédiatement sur la chose et d'en écarter toute action étrangère » (1).

C'est cet élément matériel de la possession, c'est le *corpus* que l'on fut tout d'abord dispensé de réaliser personnellement. La règle primitive exigeait que l'on réunit en soi le *corpus* et l'*animus possessionis*. La première innovation consista à reconnaître qu'une personne acquérait valablement la possession, alors que le *corpus* était acquis à un intermédiaire qui le réalisait pour elle. L'*animus* de l'acquéreur continuait d'ailleurs à être exigé.

Qu'on ne se méprenne pas sur la portée de l'innovation. Il y a des cas où l'appréhension matérielle de la chose étant réalisée par un tiers, cette chose est naturellement à notre disposition personnelle ; en pareil cas c'est nous qui avons le *corpus*, il n'y a pas à parler de représentation (2). C'est ce qui arrive lorsque je fais enlever devant moi des marchandises achetées, lorsque je place un gardien à côté d'elles. Ce qui est vraiment exceptionnel, c'est d'admettre que la possession m'est acquise alors que matériellement la chose est à la disposition d'un tiers, c'est ce que les Romains appellent l'acquisition *corpore alieno*.

Quand et sous l'influence de quelles idées fut admise cette dérogation aux principes ?

«Il fut, je pense, dit M. Accarias, admis de tout temps que la possession peut s'acquérir *corpore alieno* » (3).

1. Savigny, Traité de la possession. Trad. Stœdler, 2e édit., Paris, 1870, p. 193.

2. L. 1, § 21, *de poss.*, XLI, 2 ; — L. 51, *ibid.*

3. Accarias. Précis de droit Romain, 4e édition. Paris, 1886, 2 vol. T. I, nº 215, p. 543.

Windscheid est plus affirmatif encore : « Que je puisse acquérir la possession par une personne qui me prête seulement le *corpus*, c'est là un principe tellement évident par lui-même qu'on n'aurait pas eu besoin pour le reconnaître de faire intervenir les considérations d'utilité pratique, etc. » (1).

Il nous semble plus vraisemblable que l'acquisition *corpore alieno* ne fut admise qu'à une date relativement assez récente. Et cette solution nous paraît justifiée par l'analyse même des motifs qui firent admettre une exception aux règles générales en matière de possession. Cette analyse nous oblige à quelques détails.

Il est certain que dès une époque très ancienne, la possession put être acquise *per servum*. Sur ce point, tout le monde est d'accord. Mais comment justifiait-on la possibilité de ces acquisitions ? Par cette règle générale que l'esclave acquiert pour son maître et ne peut acquérir que pour lui ? Nullement ; on observait que l'esclave était possédé par son maître, et que son possesseur devait logiquement posséder tout ce dont il avait la détention. Ce qui confirme cette explication, c'est qu'en effet on exigea au début pour que le maître put acquérir *per servum*, qu'il eût l'esclave en sa possession. Ne rappelons pas ici les controverses sur l'acquisition *per servum fugitivum*, mais citons une décision qui est topique. Qu'est-ce qui empêchait les personnes morales d'acquérir la possession par

1. Windscheid, Pandekten. t. I, § 155, n. 10.

leurs esclaves, aux yeux des premiers jurisconsultes ? C'est qu'elles ne pouvaient réaliser aucune des conditions de la possession : l'*animus*, « *quia uni consentire non possunt* »; le *corpus* (c'est là ce qui nous intéresse) *quoniam ipsos servos non possideant* ». (1) Gaius nous apprend que de son temps on discutait encore si la possession pouvait être acquise par les personnes que l'on avait *in manu et in mancipio,* et la raison qui était donnée pour le nier, c'est que l'on ne possède pas ces personnes (2). Vestige sans doute d'une controverse plus générale qui devait porter aussi sur l'acquisition *per filium* (3).

1. L. 1 § 22, *de poss.*, XLI, 2.

2. Gaius II. §90.—M.Van Vetter émet au sujet de cette controverse une opinion que nous ne saurions partager. « Pouvait-on acquérir la possession, dit-il par la femme *in manu* ou par le *liberum caput in mancipio*? Les jurisconsultes romains était divisés sur ce point; les uns se prononçaient pour la négative par le motif qu'on n'avait pas la possession de la personne; ce motif est inexact, puisque les enfants en puissance n'étaient pas davantage possédés par le père de famille ; le motif véritable de douter était que la *manus* et le *mancipium* conférent des droits plus restreints sur la personne que la puissance paternelle et que, dès lors, faute d'un assujettissement proprement dit de la personne, l'acquisition de la possession était impossible. » (Traité de la possession en droit Romain. Gand. 1868, 1 vol. p. 172, n. 3.) — Nous ne comprenons pas bien pourquoi la personne *in mancipio* qui est *loco servi* est moins assujettie que le fils de famille.

3. Savigny et Bekker seraient d'un avis contraire.

Le premier dit : « La possession est considérée comme un droit ; or tout homme peut acquérir des droits, non seulement par ses actes propres ou personnels, mais aussi par les actes de ses enfants et de ses esclaves, » et ailleurs. « De même que le maître acquiert par ses esclaves ; de même aussi le père acquiert par ses enfants tous les droits en général, par conséquent aussi la possession » (p. 188 et p. 293).

Le second : « L'acquisition de la possession par le père de famille par l'intermédiaire du fils en puissance a dû être reconnue dès les

Plus tard on fit une confusion très utile sans doute, mais moins logique entre l'acquisition des droits et l'acquisition de la possession *per servum*, et au point de vue de leur possibilité, on supprima toute distinction entre elles (1). Mais il n'en reste pas moins vrai que pendant un certain temps la possession des choses détenues par l'esclave ne parut acquise au maître que par une conséquence naturelle de la possession de l'esclave lui-même. Il aurait même été logique de dire que le maître acquérait *corpore proprio* et non *corpore servi*.

Or une telle idée ne pouvait être invoquée dans les acquisitions *per liberam personam*, les personnes libres n'étant pas possédées. Et il faut reconnaître dès lors que tout au moins tant que le droit justifia ainsi les acquisitions *per servum* les autres furent impossibles. Il fallut attendre que la discussion juridique eut acquis plus de souplesse, que la doctrine se fut habituée à des analyses plus complètes et plus subtiles.

premiers temps, par une conséquence naturelle de ce que le fils acquiert tout, et spécialement la propriété pour son père. » (p. 205)

Il n'y a qu'une chose à répondre. Si tel avait été le point de départ de la doctrine, comment expliquerait-on la condition certainement exigée au début que l'esclave fût possédé par le maître ?

1. C'est ainsi que pour savoir comment la possession est acquise par l'intermédiaire de l'esclave soumis à un droit d'usufruit ou possédé de bonne foi *a non domino*, on étend par analogie les règles de l'acquisition d'un droit. Cette extension a paru naturelle sans doute aux interpretes puisqu'ils l'ont acceptée sans observations, mais elle ne concorde pas bien avec cette idée que l'esclave devait être possédé pour acquérir la possession à son maître, et l'acquérait à raison de la possession dont il était l'objet. Il est plus logique d'admettre que l'usufruitier ne pouvait acquérir la possession *per servum*, et que le possesseur de bonne foi acquérait la possession de toutes choses.

De fait, l'acquisition du *corpus* par intermédiaire, semble à première vue assez étrange; c'est Pothier qui en a fait la remarque (1). La fiction juridique de l'effacement de l'intermédiaire paraît plus admissible dans l'acquisition d'un droit, d'une créance, partout où la transformation réalisée dans la situation d'une personne est le résultat d'opérations juridiques. La loi qui crée artificiellement le mécanisme de ces opérations s'y peut, sans choquer la raison, montrer aussi hardie que le lui permet sa toute-puissance. On conçoit moins bien, semble-t-il, ces fictions dans l'acquisition de la possession, qui s'analyse en somme en une sorte de relation matérielle d'une personne avec une chose, relation qui existe ou n'existe pas.

La difficulté pourrait être sérieuse pour une doctrine qui raisonnerait théoriquement sur la fiction de la représentation. Mais en réalité les jurisconsultes romains n'ont jamais pu dégager cette notion, et s'ils sont arrivés à ce que nous appelons du mot, inconnu pour eux, de représentation, c'est en vertu d'une toute autre idée. Ce qui semble une objection leur a été un argument. Si la possession peut être acquise par autrui, c'est précisément parce qu'au lieu d'être un droit pur, elle est surtout un fait matériel.

1. Pothier, Pandectes, sur la l. 10 § 2, *de acq. rer. dom.* Ce texte est ainsi conçu : « *Non solum autem proprietas per eos quos in potestate habemus acquiritur nobis, sed etiam possessio...* ». « *Sed etiam...* remarque Pothier, *quasi hoc difficilius sit; quia nempe possessio corporalem aliquam præsentiam desiderat.* »

« On se trouvait plus à l'aise, dit M. Machelard, parce qu'on n'était pas en présence d'un droit pur. Si la possession n'est pas uniquement *res facti*, bien qu'elle soit qualifiée de la sorte, elle l'est du moins en grande partie, suivant l'expression plus exacte de Papinien : « *plurimum facti habet* (L. 19, *ex quib. causis maj.*). » Peu importe, en effet, que je détienne personnellement un objet ou qu'il soit détenu par un autre qui me reconnaît pour propriétaire. Il est vrai dans l'un et l'autre cas que la chose est à ma disposition, par conséquent que je la possède » (1).

Il y a là un travail d'analyse qui ne paraît pas avoir été fait dès les premiers temps de la science du droit, et s'il faut un témoignage positif à l'appui de cette induction rationnelle, nous invoquerons celui de Nératius, qui atteste que de son temps la possibilité d'acquérir la possession *per extraneam personam* était encore discutée (2).

Nous pourrions borner là nos explications sur cette question et de fait c'est à ce point que s'arrêtent les interprètes. Nous plaçant au point de vue pratique, nous avons assisté à l'évolution du droit qui va des acquisitions *per servum* aux acquisitions *per liberam personam*; théoriquement, cette évolution nous a été expliquée par l'analogie de situation qui existe et devait tôt ou tard être aperçue

1. Machelard, Textes sur la poss., p. 27.

2. L. 41, *de usurp. et usuc.*, XLI, 3. — « *Si rem subreptam mihi procurator meus apprehendit, quamvis per procuratorem possessionem adipisci nos jam fere conveniat...* »

entre le cas où je détiens une chose et celui où on la détient pour moi. Mais il reste une équivoque à dissiper. Quelle serait la conclusion rationnelle de cette idée première? La voici : si la possession m'est acquise lorsque l'intermédiaire a réalisé l'appréhension de la chose, c'est que j'en réunis en ma personne tous les éléments, car, enfin, je n'ai pas seulement l'*animus*, mais, comme le dit Windscheid, « j'ai réellement en mon pouvoir ce qui est réellement au pouvoir d'un autre, étant donné que la volonté de ce dernier est de l'avoir, non pour lui, mais pour moi » (1). Ce serait, il nous semble, le cas de répéter ce que Labéon et Javolenus disaient d'une hypothèse un peu voisine : « *Nihil interest, utrum mihi, an et cuilibet jusserim, custodia tradatur* (2). » Rationnellement l'évolution a surtout consisté à spiritualiser la notion du *corpus*, il est devenu ce que M. Ihering veut qu'il soit : la manifestation extérieure de la propriété. Lorsqu'un bien est possédé pour moi par un mandataire, de même que lorsqu'il est possédé par un esclave, ce bien est dans la situation où il devrait être si j'exerçais sur lui ma propriété, et j'ai le *corpus possessionis*, si ce *corpus* n'est, en effet, que « la manière dont on exerce sa propriété. »

Telle est la théorie rationnelle ; qui croirait qu'elle correspond exactement à la théorie juridique des Romains commettrait une réelle méprise. L'antique définition du *corpus* exigeait presqu'un contact matériel avec la chose :

1. Windscheid. Pandekten. t. I, § 155, I.
2. L. 51, *de poss.* XLI, 2.

ils ne sauront jamais secouer le joug de cette définition. Prenons une espèce bien plus simple encore que la nôtre, celle que prévoit Javolenus dans un texte auquel nous faisions allusion tout à l'heure ; nous allons saisir sur le vif la gêne de la raison et du langage des jurisconsultes aux prises avec cette définition. « *Quarundam rerum animo possessionem adipisci nos ait Labeo ; veluti si acervum lignorum emero, et eum venditor tollere me jusserit ; simul atque custodiam posuissem, traditus mihi videtur ; idem juris esse vino vendito, quum universæ amphoræ vini simul essent. Sed videamus, inquit, ne hæc ipsa corporis traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi, an et cuilibet jusserim, custodia tradatur. In eo puto quæstionem consistere, an, etiamsi corpore acervus, aut amphoræ apprehensæ non sunt, nihilominus traditæ videantur ; nihil video interesse, utrum ipse acervum, an mandato meo aliquis custodiat ; utrubique animi quodam genere possessio erit æstimanda* ». (1). Il est bien évident que, dans l'hypothèse prévue, le *corpus* et *l'animus* sont réunis en ma personne(2) ; de quelles hésitations cette constatation d'une vérité évidente n'est-elle pas entourée ? Rationnellement le fait est incontestable, il n'y a pas de différence entre ce cas et celui où je sai-

1. L. 51. *de poss.*, XLI. 2.

2. Cela semble si naturel que Cujas refusait de lire *animi quodam genere* ; il lisait *corporis quodam genere*. (Pothier, Pandectes, sur le texte en question). Pothier traduit ainsi ces mots : *Dum enim custodem pono rei meæ, hanc videor adprehendere corpore : non quidem meo, sed corpore ejus custodis quem præpono meo nomine.* Mais il semble que logiquement Cujas devait penser à un *corpus* personnel.

sis matériellement la chose ; mais juridiquement peut-on dire que j'ai le *corpus*, alors que c'est mon mandataire qui en somme détient matériellement la chose ? Labéon en est bien près, et cependant il hésite ; il aimera mieux dire que l'acquisition a lieu *animo solo*, et Javolenus dira qu'il y a une *possessio quodam genere animi*. On comprend les embarras où les jurisconsultes se trouveront placés dans un cas moins clair encore, celui où j'ai chargé un tiers d'acheter une chose pour moi, d'en recevoir tradition et de me rendre possesseur. Ici encore, quand ce mandataire aura reçu tradition, j'aurai les éléments de la possession, la chose sera comme en mes mains ; mais le droit ne reconnaîtra pas formellement une telle extension du sens du mot *corpus*, et il préfèrera dire que j'acquiers *corpore alieno*, que les éléments de la possession se réalisent en deux personnes différentes (1). Voilà ce qu'il faut rappeler pour éviter toute équivoque, et pour nous justifier d'avoir rejeté la définition du *corpus* proposée par M. Ihering. L'éminent professeur a sans doute été frappé du défaut d'harmonie de la théorie romaine qu'on enseigne ordinairement. Il a conçu le désir de reconstruire un système plus satisfaisant pour l'esprit et de grouper en un ensemble parfait les éléments fournis par les textes. Il y a réussi, croyons-nous ; c'est l'éloge

1. Il est même remarquable que dans l'acquisition *per servum* qui se justifie, on le sait, par la possession de l'esclave et par conséquent de tout ce qu'il détient, et où le maître a logiquement le *corpus possessionis*, la langue du droit romain dit que l'acquisition a lieu *corpore servi*.

de sa doctrine au point de vue rationel, c'est sa faiblesse au point de vue historique. L'interprète qui refait un droit disparu le reconstitue avec la logique de sa raison; il construit une théorie, il ne reproduit pas une législation.

Le droit, c'est la vie, a-t-on dit justement. Il en a même les contradictions.

## CHAPITRE IV

### L'ÉLÉMENT INTENTIONNEL DE LA POSSESSION DANS LES ACQUISITIONS « PER LIBERAM PERSONAM »

Le fait matériel de la détention emprunte à la volonté de son auteur son caractère et sa signification. Lorsque le détenteur a la volonté de se comporter en propriétaire de la chose, ou plus clairement lorsqu'il entend se présenter aux tiers comme ayant seul le droit d'exercer cette détention et de repousser toute prétention contraire, le détenteur a *l'animus possidendi*, la détention est devenue possession.

Une analyse de cette idée, trop simple pour qu'il soit utile d'y insister, nous montrerait que la possession ne peut logiquement être acquise à une personne qu'autant qu'elle aura voulu acquérir, qu'elle aura eu conscience de son pouvoir matériel sur la chose acquise, et qu'elle aura conçu la volonté d'exercer ce pouvoir à l'encontre des tiers.

Ce dernier élément de son *animus* existera le plus souvent dès que les deux autres seront réunis, et il n'exige pas, au point de vue de notre étude, une attention spéciale. Nous nous bornons aux deux premiers éléments : la volonté d'acquérir, la conscience de sa possession.

Si le droit romain dispensa de bonne heure de réaliser personnellement l'appréhension de l'objet à acquérir, il ne changea rien au début à ses règles sur *l'animus possidendi,* et garda dans le cas de représentation les mêmes exigences que dans l'acquisition personnelle.

Le représenté devait donc tout d'abord vouloir acquérir. Lorsqu'on prend soi-même possession on n'a pas à manifester son intention d'accomplir une acquisition ; le fait même qu'on appréhende la chose la laisse suffisamment entendre, et elle saura se faire jour quand il en sera besoin, c'est-à-dire si un tiers oppose à cette possession une contradiction. Lorsqu'au contraire une opération s'effectue par intermédiaire, il faut manifester son intention de s'approprier les actes de cet intermédiaire.

On la manifeste par un mandat ou une ratification.

Le mandat peut être légal ou conventionnel. C'est ainsi que pour les personnes en tutelle ou en curatelle, il suffit du mandat légal de réaliser les acquisitions avantageuses, impliqué dans la dévolution de la tutelle ou de la curatelle. La remarque, ordinairement négligée, n'est pas inutile depuis que M. Van Vetter a semblé émettre une assertion contraire, qui ne nous semble pas assez évidente pour pouvoir se passer d'un texte précis (1).

1. Van Vetter, p. 179-180. — L'éminent professeur dit que si l'acquisition a lieu à l'insu de l'incapable, sans mandat exprès ni tacite, il faut une ratification de l'incapable. Il nous semble qu'il y a toujours un mandat tacite impliqué dans la dévolution même de la tutelle. Au fond la question n'a pas un grand intérêt pratique.

Mais que doit être le mandat conventionnel? Peut-il être général et suffit-il qu'il confère au mandataire le droit de réaliser des acquisitions, ou faut-il qu'il spécifie que le représentant devra prendre possession de telle ou telle chose? Deux textes avaient paru à Savigny (1) justifier l'exigence d'un mandat spécial : la L. 42, § 1, *de poss.*, et un fragment des Sentences de Paul (V, 2, § 2). Nous pensons avec la majorité des interprètes qu'un mandat général est suffisant. (2) La phrase de Paul vise un gérant d'affaires non un mandataire. Quant au texte du Digeste, il pourrait être retourné contre ceux qui l'invoquent. Il ne fait en effet aucune distinction entre les diverses espèces de mandat et c'est là le grand argument de la doctrine : *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus.* Cette solution n'est pas moins rationnelle que conforme aux textes. Pour posséder il faut vouloir posséder et avoir conscience de sa possession ; au moment où l'on devient possesseur, on doit donc savoir exactement ce qu'on possède, mais la première condition, la volonté de posséder manifestée, est réalisée par un mandat général aussi bien que par un mandat spécial.

Nous venons de faire allusion à la seconde condition que doit remplir le représenté pour devenir possesseur ; il faut qu'il ait conscience de sa possession. Il en résulte d'abord que dans l'acquisition *per liberam personam*, il y

1. Savigny, p. 299.
2. Van Vetter, p. 173.

a deux transmissions de possession; le représentant demeure possesseur jusqu'au moment où le représenté a connaissance de la prise de possession (1). C'est à ce moment-là seulement que la volonté de ce dernier se fixe et acquiert le degré de précision qu'il faut trouver dans l'*animus possidendi*.

Seconde et très importante conséquence : les personnes incapables de volonté ne peuvent devenir possesseurs qu'au jour où elles auront une volonté, si ce jour arrive pour elles. Sans doute, le tuteur, le curateur, le représentant légal d'une personne morale n'ont pas besoin d'être investies d'un mandat par l'incapable, mais celui-ci ne devient pas possesseur tant qu'il n'a pas conscience de sa possession ; l'*infans* le deviendra au sortir de l'*infantia*, le *furiosus* s'il guérit ou dans un intervalle lucide, les personnes morales jamais.

Telles sont les deux conditions de l'acquisition de la possession, telles qu'elles nous ont paru résulter des

1. Dans le cas de gestion d'affaires, ce moment est celui de la ratification. C'est aussi alors seulement que le maître de l'affaire manifeste sa volonté d'acquérir ; les deux conditions dont nous parlons sont donc simultanément accomplies. On a cité comme contraire à cette doctrine la loi 34 § 7, *de sol et lib.*, XLVI, 3 : « *Si debitorem meum jussero pecuniam Titio dare donaturus ei, quamvis Titius ea mente acceperit ut meos numos faceret, nihilominus debitor liberabitur ; sed si postea Titius eamdem pecuniam mei dedisset, numi mei fient.* » On s'est embarassé de ce texte qui fait partie des quatorze qu'on oppose à la théorie de la représentation : une ratification ne suffit pas, a-t-on dit, il faut tradition des deniers. Le texte ne dit pas cela : il constate que la tradition des deniers rend possessenr l'*accipiens*, mais il ne dit pas qu'une ratification n'eut pas suffi ; l'acceptation des deniers est en somme la plus claire des ratifications.

textes. Nous avons négligé pour les établir un système récemment proposé et qui est à la fois plus large et plus rigoureux que le nôtre. Plus large, en ce sens que, selon lui, l'acquisition rétroagit et est réalisée au profit du mandant du jour même de la prise de possession ; plus rigoureux, en ce qu'il exige un mandat spécial, très logiquement d'ailleurs. Comment concilier cette rétroactivité avec la condition de conscience de sa possession qui est certainement imposée à l'acquéreur ? « A strictement parler, explique M. Schlossmann, la possession n'est pas acquise à mon escient, si je n'ai fait que donner un mandat pour une appréhension qui s'est réalisée en mon absence et que je devais tenir pour probable, mais future. Mais les exigences de la théorie romaine du *corpus* et de l'*animus* n'allaient certainement pas au-delà de cette *scientia* pénétrant l'avenir et comme cela seul était conforme aux besoins du commerce, il répugne au langage courant des Romains eux-mêmes de dire qu'une chose acquise à une personne en vertu d'un mandat donné par elle est acquise à son insu (*insciente, ignorante me*) ; on ne peut pas dire en pareil cas : *ignoranti acquiritur possessio.* » (1) — Ce système ne repose sur aucun argument précis et il trouvera sa réfutation, dans le simple examen des conséquences auxquelles nous le verrons aboutir en étudiant le progrès que réalisa un peu plus tard le droit romain.

Car le droit ne conserva pas très longtemps ses ri-

1. Schlossmann, p. 133.

gueurs primitives ; la doctrine et la jurisprudence lui firent subir une évolution très intéressante qu'il nous reste à étudier. Auparavant, il nous semble utile et nécessaire de rappeler brièvement quelques innovations que la pratique avait déjà introduite dans la matière des acquisitions *per servum*.

Dès une époque relativement ancienne, nous trouvons dans la jurisprudence romaine une règle étrange au premier abord. Lorsque l'esclave est muni d'un pécule et réalise une prise de possession légitime à l'occasion de ce pécule, son maître devient possesseur, alors même qu'il n'a pas donné de mandat, alors même qu'incapable de volonté, il n'a pu en donner un (1). « *Nobis per servum ex causâ peculiari acquiritur etiam ignorantibus* ». L'*infans*, le *furiosus*, les personnes morales pouvaient ainsi effectuer des acquisitions de possession *per servum ex causâ peculiari*.

Lorsqu'il s'est agi d'expliquer ce fait remarquable et d'en donner une raison plausible, la doctrine générale a été peu exigeante. Un texte lui en a dévoilé le mécanisme, d'une façon peu intelligible d'ailleurs, c'est la loi 3 § 12, *De poss.* : « *Quasdam (res) etiam ignorantes possidemus, id est quas servi peculiariter paraverunt, nam videmur eorumdem et animo et corpore possidere* ». Nous acquérons par nos esclaves *ex causâ peculiari*, sans que notre volonté ait aucun rôle à jouer, parce que l'es-

1. Il faut admettre qu'en dehors du cas de pécule, un ordre du maître (ou une ratification) sont nécessaires. Mais dans le cas d'ordre, le maître deviendra possesseur avant de savoir que son ordre a été exécuté.

clave nous fournit non seulement le *corpus*, mais l'*animus possessionis*. Et d'où vient qu'il peut nous faire un prêt aussi complet ? Un autre texte en fournit une raison très simple : « *Quæsitum est*, dit Modestin et disent après lui la plupart des auteurs, *cur ex peculii causâ per servum ignorantibus possessio quæreretur. Dixi utilitatis causâ, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere* » (1).

Les raisons d'utilité ont l'inconvénient d'être trop commodes ; l'esprit ne s'y plie que lorsqu'il doit avouer son impuissance. Il y résiste surtout quand il s'agit d'une innovation grave et radicale. Or, plus encore que dans le cas où l'intermédiaire est un homme libre, il semble, à première vue logique, lorsque c'est un esclave, d'exiger chez le maître l'*animus possidendi*. La raison, dans la rigueur absolue de ses conceptions, imagine mal qu'un esclave puisse même avoir l'intention de posséder, tandis que le droit lui refuse la personnalité, dont la volonté est la plus significative expression. Si elle est bien obligée de convenir que cette volonté n'est pas tout à fait tenue pour inexistante, et qu'elle a parfois une influence sur les conséquences d'une prise de possession (2), il lui répugne de la voir suppléer entièrement celle du maître. On comprend à merveille que lorsque la règle a déjà un certain temps d'existence, et qu'elle est à l'abri de toute contesta-

1. L. 44. § 1. *De poss.*

2. On sait, par exemple, que lorsqu'un *servus communis* appréhende une chose, sa volonté détermine auquel de ses maîtres l'appréhension doit profiter.

tion, on puisse se contenter, pour faire admettre des solutions si exorbitantes des explications sommaires de Modestin ; mais les jurisconsultes qui proposaient une innovation avaient plus de scrupules et s'efforçaient toujours de colorer leurs innovations, sinon d'une raison, du moins d'un prétexte juridique. Y avait-il une raison?

On a très dédaigneusement traité le système aujourd'hui presque abandonné qui croyait trouver le motif des acquisitions *domino ignoranti per servum ex causâ peculiari* dans ce fait que le maître avait manifesté une sorte d'*animus* anticipé, en constituant le pécule. Et il est certain que présentée comme elle l'est ordinairement, l'argumentation n'est guère convaincante. On se borne à citer un texte de Paul : « *Item acquirimus possessionem per servum aut filium qui in potestate est; et quidem earum rerum quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Juliano placuit, quia nostra voluntate intelligantur possidere qui iis peculium habere permiserimus. Igitur ex causâ peculiari et infans et furiosus acquirunt possessionem et usucapiunt* » (1). Ce texte semble accroître la difficulté plus que la résoudre. On ne saisit pas le lien logique des deux propositions : l'esclave possède parce que nous le voulons ; donc il pourra acquérir pour des maîtres incapables de volonté.

Mais nous concevrions autrement cette argumentation.

1. L. 1 § 5, *de poss.*—Molitor admet cette explication et croit que si la loi 3 § 12. *ibid.* semble dire le contraire, en réalité, elle fait allusion « à la libre administration du pécule qui cependant relève toujours de la volonté du maître. » (p. 93.)

Et d'abord nous reculerions la difficulté ; nous ne nous demanderions pas pourquoi un *infans* peut acquérir par les exclaves *ex causâ peculiari* qu'il possède, mais comment il les possède et comment ils ont un pécule.

D'une part, en effet, l'*animus* est indispensable pour *conserver* la possession ; ni l'*infans* ni le *furiosus* ne devraient donc pouvoir posséder des esclaves.

D'autre part, un pécule est constitué par l'abandon volontaire et toujours révocable d'une fraction du patrimoine que l'esclave doit gérer et augmenter. La volonté du maître est le seul titre de l'esclave à la possession du pécule. Aussi l'existence de ce dernier devrait-elle supposer la coexistence d'une volonté maintenant ce qu'elle a créé et pouvant le détruire. L'hypothèse est très-analogue à celle d'un mandat et le droit français décide très-justement que le mandat est révoqué de plein droit par le décès ou l'interdiction du mandant (art. 2003 du Code civil). La folie ou le décès de celui qui a constitué le pécule devraient révoquer cette constitution ; l'esclave d'un maître dont l'héritier est *infans*, ou celui d'un maître devenu fou cesseraient donc d'avoir un pécule.

Or, l'*infans* et le fou possèdent des esclaves et ceux-ci ont un pécule. Rationnellement on ne peut en donner qu'une explication : la loi considère que si la volonté de l'incapable ne peut justifier ni la possession de l'esclave, ni l'existence d'un pécule, une autre volonté la supplée. Cette volonté, c'est ou bien celle du représentant de l'incapable, ou bien celle qui a constitué à l'origine le pé-

cule, celle du père de l'*infans*, celle du *furiosus* avant sa maladie. Dans cette seconde manière de voir, on prêterait à la loi le raisonnement suivant : la volonté qui a constitué le pécule subsiste et survit à elle-même tant qu'une volonté contraire ne la remplace pas ; la volonté de l'incapable ne pouvant la remplacer, elle subsiste pendant la durée de l'incapacité (1).

Il existe donc une volonté, quelle qu'elle soit, qui justifie la possession de l'esclave et l'existence du pécule. A leur tour la possession de l'esclave et l'existence du pécule justifient et suffisent à justifier l'acquisition *per servum nobis etiam ignorantibus;* c'est ce qui n'a pas été assez remarqué. On se rappelle, en effet, que dans la conception primitive le maître acquiert par son esclave parce que, possédant ce dernier, il possède tout ce que celui-ci

1. Cujas semble avoir professé une doctrine assez analogue. Un passage de ses œuvres nous a confirmé dans l'idée que nous nous étions faite d'après les textes et le raisonnement. Au commentaire du titre *De acq. vel am. poss.*, il constate que la volonté du père de l'*infans* ou du maître qui devient fou survit au premier et à la raison du second. La doctrine n'est pas très nette ; les conclusions sont laissées dans l'ombre, mais on peut les dégager. Voici deux passages qui justifieront peut-être notre interprétation. « *Ex causâ peculiari voluntate nostrâ animo nostro et quodammodo scientibus nobis semper intelligitur filius vel servus nobis possidere, quod cæpit possidere : et non possidere tantum nobis, sed etiam nobis usucapere, eo quod semel eis peculium habere permiserimus...* » — « *Ex hoc jure singulari duo colliguntur in hoc* §. *Primum semel permisso peculio* a patre *infanti, qui postea heres extiterit, vel etiam semel permisso peculio a patri* domino vel patre sana mente prædito (*nam furiosus non potest concedere peculium*) *filium familias aut servum* infanti aut domino postea in furorem pro lapso, *ex causa peculiari acquirere non possessionem modo, verum etiam usucapiendi causam*, l. 28, *de us, et usuc.*, XLI, 3. (Cujas, *op.* t. VIII, p. 243).

détient à titre légitime. Or, en dehors du cas de pécule, l'esclave ne détient à titre légitime que ce qu'il appréhende sur l'ordre du maître. Mais, dans le cas de pécule, il a la libre administration des biens à lui confiés ; il les multiplie à son gré, et ce qu'il acquiert grossit le pécule. Dès lors, le maître qui possède l'esclave et par lui le pécule, possède également les choses acquises. C'est ce que Javolenus nous explique en un texte rarement cité : « *Quod servus tuus ignorante te vi possidet, id tu non possides quoniam is qui in tuâ potestate est, ignoranti tibi non corporalem, sed justam potest acquirere, sicut id quod ex peculio ad eum pervenerit possidet; nam tum per servum dominus quoque possidere dicitur, summa scilicet cum ratione* (ce n'est plus l'*utilitatis causâ* de Modestin), *quia quod ex justa causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est, et peculium, quod servus civiliter tenet, dominus creditur possidere. Quod vero ex maleficiis apprehenditur id ad domini possessionem ideo non pertinet, quia nec causam peculii apprehendit.*

Ainsi envisagée, l'acquisition de la possession par un esclave à l'insu du maître perd le caractère anormal qu'on lui prête couramment. Les jurisconsultes de l'époque plus récente ne se mettront plus en peine, sans doute, d'une explication subtile et embarrassée ; ils diront hardiment, en parlant des esclaves à pécule : *videmur eorum et corpore et animo possidere,* et ils attacheront même à cette idée des conséquences particulières ; mais l'innovation n'en demeure pas moins la conséquence logique de deux faits

incontestés : la possession de l'esclave par le maître et l'existence d'un pécule. Et Paul lui-même, qui admet l'explication plus moderne et plus commode, qui lui donne sa formule énergique, Paul rendra témoignage d'une explication plus profonde dans cet autre texte que nous citions plus haut, où il reproduit la doctrine des anciens.

Aussi l'innovation se trouvant justifiée fut sans doute admise de très bonne heure.

En outre, et cette conséquence est particulièrement importante, elle se produit avec tous ses effets. Ainsi non-seulement l'incapable devient possesseur à son insu, mais à son insu il commence à usucaper du jour de la prise de possession par l'esclave. (1) C'est ce qu'il importait surtout d'établir avant d'aborder l'étude des innovations introduites par les jurisconsultes dans la matière des acquisitions de possession *per liberam personam*.

Les résultats que nous venons de résumer et d'expliquer s'exprimaient par une formule que nous avons déjà citée : « *Nobis per servum ex causâ peculiari acquiritur etiam ignorantibus.* »

1. L. 24, *de poss.* Cujas croyait que c'était là le seul effet propre des acquisitions *ex causa peculiari*. Il estimait qu'en dehors même de tout pécule l'esclave acquérait la possession *domino ignoranti;* seulement cette acquisition ne faisait pas courir les délais d'usucapion. — La réfutation de ce système est dans les textes que nous citerons et spécialement dans la loi 44, 1, D. LXI, 2, qui est formelle : « *Quæsitum est, cur ex peculii causâ per servum ignorantibus possessio quæreretur? Dixi, utilitatis causâ jure singulari receptum; ne cogerentur domini per momenta, species et causas peculiorum inquirere.... Si non ex peculiari causâ quæratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam.* » Cpr. Pothier, Pandectes sur la L. 1, § 5, *de poss.*

*Nobis etiam ignorantibus acquiritur* : telle est aussi la formule qui résumait les innovations introduites dans l'acquisition de la possession *per liberam personam*.

Quel est ici le sens de cette formule?

Et d'abord un point est certain : ce principe n'apporte aucun changement aux règles anciennes dans le cas de gestion d'affaires. Le maître de l'affaire ne devient possesseur que lorsqu'il a ratifié et du jour de la ratification, c'est-à-dire que les deux conditions exigées naguère sont encore exigées : il faut vouloir posséder et avoir la conscience de sa possession. Car nous écartons l'opinion de Windscheid qui applique ici le principe ordinaire de la rétroactivité des ratifications. Sa doctrine est isolée, elle aurait de très graves conséquences; aucun texte n'y fait allusion, l'un d'eux semble même la contredire. « *Procurator*, dit Ulpien, *si quidem mandante domino rem emerit, protinus illi acquirit possessionem ; quod si suâ sponte emerit, non, nisi ratam habuerit dominus emtionem* (1). »

Mais que signifie la règle nouvelle dans l'hypothèse d'un mandat? A quelle condition de l'acquisition de la possession a-t-elle trait? A la volonté de posséder ou seulement à la conscience de sa possession?

Une doctrine dont les hardiesses n'ont plus droit de nous étonner adopte la solution la plus radicale. C'est cette même doctrine que nous avons vu établir une scission absolue entre les notions de *procurator* et de man-

1. L. 42 § 1, *de poss.* — V. Windscheid. Pandekten. T. I, § 155, p. 471, n. 10. — Cpr. Van Vetter, p. 179.

dataire, et prétendre que le *procurator* est uni au maître par une simple relation de fait; c'est celle qui admet qu'au cas de mandat l'acquisition se réalise du jour du mandat, lequel, d'ailleurs, doit être spécial. Il n'y a pour cette doctrine que deux explications possibles de la règle nouvelle. L'acquisition, pourrait-on dire, rétroagit au jour du mandat, mais ce mandat peut être général, et comme on ne saurait prétendre, même dans une doctrine très large, que le mandant a dès le début dans ce cas conscience de son pouvoir sur les choses acquises en vertu du mandat, on dit que l'acquisition a lieu *ignoranti*. Avec cette solution la volonté de posséder est encore exigée. On peut aller plus loin et prétendre que cette volonté elle-même n'est pas nécessaire; le *procurator*, ce *factotum* attaché à nous par un lien non juridique, pourrait nous rendre possesseur à notre insu, sans ordre préalable, sans ratification ultérieure. C'est cette solution extrême qui a été choisie (1).

La lecture des textes fournit contre cette doctrine une très grave objection. Trois textes au moins, pour ne citer que les plus intéressants, exigent pour que le maître réalise une acquisition de possession un mandat ou une ratification. Ce sont les LL. 42 § 1, *de poss.*, et 24, *de neg.*

1. Schlossmann, p. 130. — Cette solution rappelle celle que l'on applique en matière de libération d'obligations. On peut être libéré par un tiers à son insu et même contre son gré. « *Nec tamen interest*, disent les Institutes, *quis solvat, utrum ipse qui debet, an alius pro eo : liberatur enim et alio solvente, sive sciente debitore, sive ignorante vel invito solutio fiat* » (Inst. III, tit. 29, pr.)

*gest.* III, 5, au Digeste, et un fragment des Sentences de Paul (V, 2, § 2). Paul est aussi l'auteur du second texte cité ; le premier est d'Ulpien. Or Paul et Ulpien sont au nombre des jurisconsultes qui, en d'autres endroits, admettent l'acquisition *etiam ignoranti*. Un texte de Neratius est plus embarrassant encore ; la L. 13. *pr. de acq. rer. dom.*, XLI, 1, parle en effet d'une acquisition *ignoranti* réalisée dans le cas d'un mandat donné au représentant. C'est la négation même du système préconisé par Schlossmann.

Pour expliquer ces contradictions, on est obligé de recourir à des hypothèses aussi hardies que la théorie.

Dans le texte de Neratius qui, on le reconnaît, se trouvait avec sa rédaction actuelle dans le texte authentique des Pandectes, il faudrait effacer soit « *ex mandato meo,* » soit « *etiam ignoranti* ». Il suffit de signaler cette correction, sans insister sur son caractère arbitraire.

Quant aux textes de Paul et d'Ulpien, ce système tente une conciliation historique, qui ne peut s'appuyer sur aucun argument direct, mais contre laquelle il ne voit pas d'objection décisive. On verra qu'une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien consacrait la régularité des acquisitions *etiam ignoranti*. C'est notamment sous le règne de ces empereurs que Paul et Ulpien ont composé leurs ouvrages. On pourrait admettre que les fragments où se trouve mentionnée la nécessité d'un mandat ou d'une ratification sont antérieurs à l'année 196,

date de la Constitution impériale ; ceux qui parlent de l'acquisition *etiam ignoranti* seraient postérieurs à cette date. Il est vrai que le texte de cette Constitution reconnaît que l'opinion désormais mise hors de discussion, était couramment admise par la pratique antérieure ; mais pourquoi ne pas supposer que Paul et Ulpien étaient d'un avis contraire à la pratique de leur temps? Ce désaccord de la doctrine et de la jurisprudence n'a rien qui puisse surprendre quiconque a étudié le droit. Les hésitations ou les convictions de ces deux jurisconsultes avaient dû fléchir devant le texte législatif, et c'est ainsi qu'on trouve formulées par eux des opinions contradictoires.

L'ingéniosité que M. Schlossmann déploie dans la défense de cette hypothèse, ne peut dissimuler les impossibilités morales auxquelles elle conduit. On ne comprendra pas que si Paul et Ulpien ont été, sur une question aussi essentielle, en désaccord avec la pratique constante de leur temps, ils n'aient pas même fait allusion à une telle divergence de vues. On ne comprendra pas que s'ils ont dû modifier leur opinion première, ils n'aient, en exposant la doctrine qu'ils subissaient, fait allusion ni à leurs variations, ni aux motifs de ces variations. Enfin, on ne comprendra pas que s'ils ont professé des opinions contradictoires, les compilateurs du Digeste, désireux de fixer la jurisprudence, aient recueilli des textes dans les deux sens pour les faire figurer côte à côte dans leur œuvre. On ne sort pas des invraisemblances.

Il faut donc chercher ailleurs la solution de la question.

En réalité, le principe nouveau signifie que désormais le mandant devient possesseur du jour où le mandataire conventionnel ou légal prend possession de la chose, avant même qu'il connaisse lui-même l'appréhension. En d'autres termes, l'acquéreur doit vouloir posséder, mais il n'est plus nécessaire qu'il ait conscience de sa possession. On saisit la gravité de cette réforme. C'est l'abrogation de l'une des conditions réputées nécessaires jusque-là chez le possesseur. Pour les personnes capables de volonté, elle supprime la double transmission de possession. Pour les personnes incapables, elle leur permet l'acquisition de la possession pendant leur incapacité même : le représentant légal était déjà investi de pouvoirs suffisants pour prendre possession en leur nom, mais nous savons qu'elles ne devenaient possesseurs qu'au jour où elles jouissaient d'une volonté libre, si jamais elles en jouissaient. Désormais les retards sont évités chez l'*infans* et le *furiosus,* l'impossibilité levée chez l'*imbecillis* et les personnes morales (1). Les jurisconsultes romains disent qu'en pareil cas nous empruntons à l'intermédiaire non seulement le *corpus,* mais l'*animus possessionis*.

Ces règles exceptionnelles furent introduites d'assez bonne heure dans la pratique romaine. Neratius, Papi-

1. V. pour l'*infans*, L. 1, § 20, *de poss.*, et C. 3, Code, VII, 32 ; pour les personnes morales, L. 1, § 22, *de poss.*

nien, Paul, Ulpien, les enseignent déjà, et c'est le premier et le plus ancien de ces jurisconsultes qui la formule avec le plus de précision. Car tandis que les autres tantôt parlent d'une acquisition réalisée *ex mandatu meo*, tantôt disent que l'acquisition a lieu *etiam ignoranti*, Neratius fait intervenir ensemble ces deux idées inséparables, qu'il faut un mandat, mais qu'il est inutile d'en connaître l'exécution : « *Si procurator rem mihi emerit* « *ex mandatu meo, eique tradita sit meo nomine, domi-* « *nium mihi, id est proprietas, acquiritur, etiam igno-* « *ranti* » (1). Les empereurs Dioclétien et Maximien consacrèrent législativement cette pratique, mais ils reconnaissaient que son existence était de beaucoup antérieure à leur Constitution : « *Per liberam personam igno-* « *ranti quoque acquiri possessionem, et postquam scientia* « *intervenerit usucapionis conditionem inchoari posse,* « *tam ratione utilitatis quam juris pridem receptum* « *est* » (2).

Qu'il s'agisse de personnes incapables ou capables de volonté, la raison de ces innovations est tout d'abord, aux termes mêmes de la Constitution, une raison d'utilité. Elle se conçoit d'elle-même. Mais le texte — au moins

1. L. 13, pr., *de acq. rer. dom.* XLI, 1 ; — V. aussi L. 13 § 1, *ibid* ; — LL. 34 § 1 et 49, § 2, *de poss.* ; — L. 47, *de us. et usuc.*, XLI, 3. — Sur la règle relative à l'usucapion : L. 49, § 2, *de poss.* ; — L. 47, *de us. et usuc.*, XLI, 3 ; VII, 32. L. 1, Code, *de poss.*

2. L. 1, Code, *de poss.* — Au lieu de *juris pridem*, quelques interprètes lisent *juris prudentia*. Il semble cependant que *juris* s'oppose mieux à *utilitatis*. Les manuscrits portent l'une et l'autre leçon.

dans la leçon que nous avons adoptée — ajoute qu'il y avait aussi une raison de droit. Nous avouons n'avoir pas su la découvrir et nous inclinons à penser qu'il n'y en a pas de bien plausible, puisque nous avons trouvé chez tous les interprètes la même impuissance. On pourrait peut-être dire qu'il y a ici un raisonnement analogue à celui qu'on avait tenu pour le *corpus*. De même qu'un mandant est censé détenir ce qu'on détient pour lui, il est censé vouloir ce qu'on veut pour lui. Mais la fiction serait très hardie, et il est plus probable qu'elle ne fut pas faite. C'est ici le lieu de se rappeler que l'acquisition *per servum ex causâ peculiari* pouvait, au contraire, au moins dans la pensée de certains jurisconsultes, comporter une justification juridique. Cette différence nous donne la clef de deux questions que les auteurs laissent sans réponse. Elle nous fixe d'abord sur l'ordre chronologique des innovations apportées dans l'acquisition *per servum* et dans l'acquisition *per liberam personam*. Les premières se trouvant justifiées en droit durent être admises d'abord ; les secondes datent de l'époque plus récente où l'on se contentait de raisons d'utilité. — Elle nous explique aussi dans une certaine mesure la différence des points de départ de l'usucapion dans les deux cas. Lorsque l'acquisition est réalisée *per servum ex causâ peculiari*, l'usucapion commence à courir dès la prise de possession ; rien de plus juste, puisque nous ne sommes pas en présence de règles vraiment exceptionnelles. Dans le cas de mandataire, l'usucapion ne court que du jour où le véritable

possesseur acquiert la conscience de sa possession. « *Ut* « *ignorantes usuceperimus* », dit Paul, « *in peculiaribus* « *tantum rebus receptum est* » (1). C'est que l'acquisition de la possession *ignoranti per liberam personam* ne reposant sur aucun principe juridique, on lui refuse certaines conséquences particulièrement graves (2). Rigoureusement appliqué, ce refus aurait eu une étrange conséquence : les personnes morales auraient possédé indéfiniment sans usucaper jamais. On ne poussa pas jusque-là la logique : « *Hoc jure utimur,* dit Ulpien, *ut et pos-* « *sidere et usucapere municipes possint, idque iis et per* « *servum et per liberam personam acquiratur* » (3). Mais en l'absence de texte, nous n'oserions étendre cette exception aux autres incapables; pour eux, d'ailleurs, l'usucapion a des chances de commencer tôt ou tard, et l'application du droit commun n'a pas de trop graves inconvénients.

On conçoit sans peine d'après les explications qui précèdent quel est le rôle du représentant et du représenté dans leurs rapports respectifs au point de vue de la réa-

1. L. 47, *de us. et usuc.*, XLI, 3.

2. Van Vetter essaie une autre explication : « Comme celle-ci l'usucapion, exige la bonne foi et que la bonne foi ne se conçoit pas sans la connaissance de l'appréhension, l'usucapion ne commence dans le mandat qu'au moment où le mandant apprend la prise de possession » (Traité de la possession, p. 179, note 2). Il suffit d'observer contre cette explication que la bonne foi n'est pas moins nécessaire dans le cas d'acquisition *per servum ex causâ peculiari.*

3. L. 2, *de poss.*

lisation de l'*animus possidendi*, et quelles variations ce rôle a dû subir. L'un et l'autre doivent être capables de volonté, mais cette volonté a des objets très-différents.

Dans la première période, le maître doit vouloir acquérir, il ne possède que quand il le veut et quand il le sait, sa volonté joue un rôle prépondérant et c'est en lui que se réalise l'*animus*. Le représentant n'a guère qu'une chose à faire, ne pas contrarier la volonté de son mandant ; on a défini ce rôle quand on a dit qu'il doit vouloir acquérir pour son mandant (1). Ce rôle est important puisque l'acquisition n'aura pas lieu si le représentant ne le veut pas (2), mais on ne peut pas dire qu'il soit le plus important. C'est la volonté du maître que l'on considère avant tout ; c'est elle notamment qu'il faut considérer pour savoir si l'acquisition est viciée par une erreur.

1. C'est du reste ce qu'il voudra très-ordinairement et l'on ne conçoit guère que deux cas où il ne le voudra pas : celui où il sera de mauvaise foi et tentera de profiter de l'appréhension de la chose, celui où inquiet de la solvabilité de son commettant et désireux d'être remboursé des avances qu'il a pu faire, libéré des obligations qu'il a pu contracter, il tiendra à conserver par devers lui la possession jusqu'au remboursement ou à la libération. V. L. 5 § 5, *de neg. gest.*, III. 5 ; — L. 43, § 1, *de furtis*, XLVII, 2.

2. On se rappelle que l'on a tenté de résoudre un conflit de textes dont nous avons parlé au chapitre II, par cette idée précisément que dans les uns le représentant voudrait, dans les autres il ne voudrait pas acquérir pour le mandant. Nous avons rejeté cette explication d'une façon générale parce que les textes n'indiquent nulle part l'intention que l'on prête à l'intermédiaire. Elle doit cependant être admise pour un texte où cette intention apparaît clairement, la L. 135. 2. *de verb. oblig.*, XLV. I.

Dans la seconde période, au contraire, les rôles sont renversés ; lorsque l'acquisition *ignoranti* est devenue possible, le rôle principal est désormais dévolu à la volonté du mandataire. Le mandant manifeste par son mandat, qui peut être général, sa volonté d'acquérir et c'est tout, en principe du moins ; l'acquisition sera réalisée même à son insu ; pour savoir si une erreur est commise, c'est à la volonté du représentant qu'il faut d'abord se référer. Néanmoins, la volonté du mandant devra être prise en considération, toutes les fois que cela pourra lui être avantageux : c'est là une solution d'utilité qui tempère la rigueur du droit. Un texte nous a semblé préciser très heureusement cette valeur relative des volontés du mandant et du mandataire : « *Sed et si non mihi sed procuratori meo possessionem tradas, videndum est, si ego errem, procurator meus non erret, an mihi possessio acquiratur. Et quum placeat ignoranti acquiri, poterit et erranti ; sed et si procurator meus erret, ego non errem, magis est. ut acquiram possessionem* » (1). On remarquera la différence des formules employées dans les deux cas. Je me trompe, et mon *procurator* ne se trompe pas ; je réalise l'acquisition. Le texte n'hésite pas, car c'est une conséquence logique des principes ; on ne tient pas compte de la volonté du mandant : « *Et quum placeat ignoranti acquiri, poterit et erranti* ». Mon *procurator* est dans l'erreur et je n'y suis pas ;

1. L. 34 § 1. *de poss.*

la logique juridique veut que je ne devienne pas possesseur. Mais on fait intervenir mon intention pour justifier une solution d'utilité (*magis est*).

Nous connaissons le rôle de la volonté du représentant au regard du représenté et sa valeur relativement à celle du représenté ; il reste à expliquer son rôle vis-à-vis des tiers, et sa valeur relativement à leur volonté. Notre but sera rempli quand nous aurons résolu ces deux questions : 1° pour que la représentation se réalise, le représenté a-t-il dû faire connaître sa qualité aux tiers ; ceux-ci ont-ils un intérêt légitime à la connaître ?—2° si cet intérêt existe et quand il existe, que faut-il décider en cas de conflit d'intention entre le représentant et le tiers ?

Le représentant n'a pas en principe à faire connaître sa qualité aux tiers : « Le *tradens*, dirons-nous avec Bekker et plus justement que lui, n'a besoin de savoir ni si celui avec qui il traite est d'une façon générale décidé à ne pas acquérir pour lui-même, ni pour qui il veut acquérir » (1). Il n'y a aucun intérêt légitime, notamment dans tous les contrats onéreux où il reçoit un équivalent de ce qu'il abandonne. Il n'est donc pas nécessaire, en règle générale, que l'intention des parties, spécialement celle du représentant, soient manifestées et en fait, le plus souvent, le tiers ne se préoccupera pas de cette intention. Il ne sera intéressant de la

1. Bekker, p. 215, n. 2.

connaître que s'il survient une contestation, si, par exemple, le mandant et le mandataire prétendent tous deux à la possession de la chose et à ce moment, pour vider ce débat, qui d'ailleurs ne s'élèvera pas entre le représentant et le tiers, on usera de tous moyens pour la découvrir, consultant les circonstances postérieures, les circonstances antérieures à la prise de possession. Il faut par conséquent rejeter sans hésitation cette doctrine à peu près abandonnée, qui exigeait que le représentant eût expressément révélé au tiers son intention de ne pas acquérir pour lui-même.

Mais il faut écarter aussi une théorie mitigée, la plus répandue paraît-il en Allemagne et qu'on a ainsi résumée. « La représentation ou effet direct au profit du représenté des actes de l'intermédiaire a lieu quand celui-ci agit au nom du représenté ; mais d'autre part agir au nom d'autrui, c'est agir comme représentant. En d'autres termes, le représentant est celui qui agit comme représentant, c'est-à-dire (c'est à cela qu'on attache de l'importance) se présente en concluant l'affaire comme tel, ostensiblement et d'une manière reconnaissable soit à ses déclarations, soit aux circonstances » (1).

1. Schlossmann, p. 30, 31.— Schlossmann ne professe d'ailleurs pas cette doctrine. A vrai dire, il nous a semblé que dans les quelques auteurs que nous avons consultés elle était un peu plus vague et plus flottante.

Ainsi Bremer dans un article sur cette question dit bien que « l'intention de représentant doit se laisser voir et reconnaître ;» mais un peu plus loin il admet que pour la connaître on peut consulter les cir-

On reconnaît sans doute ce système : ce mandataire qui fait connaître sa qualité, qui agit au nom d'autrui, c'est le *procurator* de la doctrine allemande, le *procurator* qui seul, d'après cette doctrine, peut servir d'intermédiaire pour la représentation. Nous avons déjà et ailleurs montré que fût-il vrai que le représentant dût en effet agir dans les conditions qu'exige ce système, il était inexact de réserver la qualification de *procurator* au mandataire qui réalise ces conditions : c'était alors tout ce qu'il importait d'établir. Mais ici nous étudions les conditions de l'acquisition directe *per liberam personam*, nous allons plus loin et nous contestons que le mandataire doive faire ou laisser entendre quel est son rôle dans l'opération.

On n'a pu soutenir le contraire que par une fausse interprétation des textes. On a été frappé de ce fait que très souvent lorsqu'un texte reconnaît que l'acquisition se réalise en ma personne par un intermédiaire, il constate

constances antérieures, concomitantes ou *postérieures* à l'acte. (Zeitschrift fur Civilrecht und Prozetz. B. Neuc Folge, XI, p. 239.

Bekker de son côté (p. 209) dit expressément : « L'acquisition de la possession doit ordinairement manifester extérieurement qu'elle est faite pour autrui »... Il n'est pas nécessaire que le nom du représentant soit exprimé, mais il suffit ou bien que le *tradens* soit convaincu qu'à travers la personne du représentant il veut donner au représenté, que l'*accipiens* de son côté connaisse cette intention et n'y contredise pas, ou bien que l'*accipiens* veuille acquérir pour le mandant tandis que le *tradens* le sait et n'y contredit pas. » — On n'est pas peu étonné après cette déclaration de trouver dans le même auteur cette phrase que nous avons pu nous approprier pour formuler une doctrine contraire : « le *tradens* n'a besoin de savoir, ni que celui avec qui il traite est, d'une façon générale, décidé à ne pas acquérir pour lui-même, ni pour qu'il veut acquérir. »

en même temps que l'acquisition a été faite « *meo nomine* ». On a traduit ces mots par « en mon nom », ce qui semble impliquer que je dois apparaître dans l'opération, que mon nom doit y figurer d'une façon ou d'une autre. Or si les mots « *meo nomine* » peuvent comporter cette signification, ils en comportent très fréquemment, et spécialement en notre matière, une toute différente : leur vrai sens est « dans mon intérêt ». C'est le seul qu'on puisse leur donner dans un grand nombre de textes, où le mot *nomen* est manifestement pris dans le sens d'intérêt. Ces textes sont trop nombreux pour être rapportés ici. En voici quelques-uns. Cicéron recommandant le *procurator* et l'affranchi de l'un de ses amis, écrit à Servius Œmilius Avinius : « *Sed quum illum abesse putem, commendo tibi in majorem modum domum ejus, quæ est Sicyone, remque familiarem, maxime C. Avianium Hammonium libertum, ejus quem quidem tibi etiam suo nomine commendo* » (1). Voilà pour la langue courante, voici pour la langue du droit : « *Si mulier alieno nomine compromittat*, dit Paul, *non erit pecunia compromissa propter intercessionem* » (2). « *Si tutor, vel curator pecunia ejus cujus negotia administrat mutua data ipse stipulatus fuerit, vel prædia in nomen suum emerit, utilis actio esi, cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam* » (3). La L. 1, § 20, *de poss.* texte fondamental en notre matière

1. Cicéron. *Ad fam.* XXII, 21.
2. L. 32, § 2. *de rec.* IV, 8. Ce texte est cité par Schlossmann qui en rapporte plusieurs autres, p. 34 et s.
3. L. 2. *Quando ex facto tut.*, XXVI, 9.

nous paraît d'ailleurs s'exprimer avec toute la précision désirable. « *Per procuratorem, tutorem, curatoremve possessio nobis acquiritur. Quum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum eâ mente ut operam duntaxat suam nobis accomodarent, nobis non possunt acquirere.* ». Acquérir *nostro nomine,* c'est donc pour un représentant acquérir *cum ea mente ut operam duntaxat suam nobis accomodet,* c'est-à-dire acquérir sans vues de profit personnel à réaliser sur la chose acquise, dans notre intérêt, pour nous rendre acquéreurs. Le mot *mens* se réfère très certainement à une disposition intime de la volonté et non à ses manifestations extérieures.

En disant que le tiers contractant n'avait pas en principe d'intérêt à savoir si celui avec qui il traitait n'agissait pas pour lui-même, ni pour qui il agissait, nous avons ajouté « en règle générale ». Et en réalité il se peut que cet intérêt existe : c'est ce qui arrive au cas de libéralités. Le *tradens* en pareil cas a le droit de savoir en faveur de qui il se dessaisit. Qu'arrive-t-il donc si les volontés du tiers et du mandataire sont en conflit, si ce *tradens* veut gratifier Primus alors que le mandataire veut acquérir pour lui-même ou pour Secundus ? L'hypothèse est prévue par deux textes célèbres du Digeste dont la contradiction a préoccupé les interprètes.

Le jurisconsulte Ulpien veut que la volonté du *tradens* l'emporte sur celle de l'*accipiens* : « *Qui mihi donatum volebat, servo communi meo et Titii rem tradidit, servus vel sic accepit, quasi socio acquisiturus, vel sic, quasi mihi et socio; quærebatur, quid agere? Et placet quamvis servus*

*hoc mente acceperit ut socio meo, vel mihi et socio acquirat, mihi tamen acquiri ; nam etsi procuratori meo hoc animo rem tradiderit ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in suâ personâ, sed mihi acquirit* » (1). Julien estime au contraire qu'il n'y a rien de fait : « *Si quum mihi donare velles, jusserim te servo communi meo et Titii rem tradere, isque hâc mente acceperit ut rem Titii faceret, nihil agetur ; nam et si procuratori meo rem tradideris, ut meam faceres, is hâc mente acceperit, ut suam faceret, nihil agetur. Quodsi servus communis hac mente acceperit, ut duorum dominorum faceret, in parte alterius domini nihil agetur* » (2).

Savigny et avec lui un très-grand nombre d'interprètes ont écarté l'idée d'une antinomie entre ces deux textes et complètant l'un par l'autre, ils ont dit : « *Nihil agetur* » cela signifie : « *nihil agetur ex mente procuratoris ; procurator nihil agit in suâ personâ* » (3). Ces interprètes ne paraissent pas d'ailleurs avoir remarqué que les textes en conflit sont spéciaux à la matière des donations, ce qui résulte de leur lecture et ce qu'il n'était pas inutile de faire observer après que nous avons cherché à établir qu'en matière de contrats onéreux la volonté du *tradens* est en principe indifférente. Même restreinte aux libéralités, la conciliation proposée est inadmissible.

Il est d'abord à peine besoin de faire remarquer com-

1. L. 13. *de donat.*, XXXIX, 5.

2. L. 37, § 6. *De acq. rer. dom.*, XLI, 1.

3. Savigny, p. 290 ; — Van Vetter, p. 184 ; — Molitor, La possession, la revendication, etc. Paris, 1868, 1 vol. p. 91. cpr. Windscheid, T. I, § 155, note 7.

bien le procédé est arbitraire : modifier un texte n'est pas l'expliquer. Se justifie-t-il au moins par le résultat ? Il faut dire au contraire que ce résultat le condamne. On ne saurait admettre que l'*accipiens* serve d'intermédiaire malgré lui à un donataire qu'il ne veut pas représenter, pas plus que l'on n'admettra que le *tradens* se dépouille en faveur de quelqu'un qu'il ne veut pas gratifier. La vérité est donc que rationnellement la décision de Julien est la mieux justifiée ; on pourrait admettre si elle était possible une conciliation qui rangerait Ulpien à cette décision, mais on n'en saurait admettre d'autre. La solution d'Ulpien est exceptionnelle, radicale, et ne saurait être généralisée (1).

Pourquoi s'étonner d'un conflit d'opinion entre deux jurisconsultes ? La codification des lois n'a pas tari, il s'en faut, la source des controverses : quelles divisions ne devaient pas exister dans la doctrine romaine ? Cette même codification résumant en quelques textes relativement faciles à embrasser d'un coup d'œil l'ensemble d'une législation, a laissé subsister entre ces textes quelques contradictions ; comment s'étonner d'en trouver dans une compilation aussi vaste — et aussi confuse — que le Digeste ? L'intérêt qui s'attache à leur constatation empêche même de les regretter.

1. Bekker (p. 313) repousse aussi toute conciliation. — Pothier proposait une autre conciliation. Sur le texte de Julien il dit : « *Scilicet non acquirit mihi ignoranti, quia non mihi sed Titio accepit ; nec Titio acquirit quia qui tradidit noluit res ad Titium transferre. At postquam traditionem ratam habuero mihi acquirit ; jam enim mea voluntas cum voluntate tradentis concurrit. Et ita hanc legem concilia cum lege* 13, *de donat.* » — Ce système est arbitraire ; aucun des deux textes ne fait allusion à la ratification qui joue un si grand rôle dans le système de Pothier.

## CONCLUSION

Il n'est peut-être pas inutile au terme de cette étude de jeter un coup d'œil en arrière et de résumer les résultats acquis.

Nous avons trouvé dans le droit Romain une règle étrange, importante : *Nihil nobis per extraneam personam acquiri potest,* » et nous nous sommes demandés quelle était sa raison d'être. Nous avons dû reconnaître que la question est très-incertaine, très-obscure et qu'aucune des explications proposées n'était de nature à satisfaire complètemeut l'esprit. Mais expliquée ou inexpliquée, la règle existe, elle domine la matière des acquisitions en droit romain et notre sujet nous amenait à nous demander quelle application elle a reçue, quelles exceptions elle a pu subir dans la matière des acquisitions de possession.

L'existence d'une exception n'était pas douteuse ; sa portée seulement était l'objet d'une controverse. Nous savions que l'acquisition par intermédiaire était possible, mais nous devions rechercher par quels intermédiaires et à quelles conditions elle pouvait se réaliser. La première de ces questions, il est vrai, pouvait paraître superflue ; elle n'avait pas été soulevée dans la doctrine ancienne ; nous avons montré comment elle était née,

comment on l'avait résolue tantôt dans le sens de la liberté du choix du représentant, tantôt dans le sens de la restriction ; et nous avons reconnu que le droit romain était allé de la restriction à la liberté, admettant d'abord que l'acquisition pouvait être réalisée par les mandataires généraux, *procuratores*, régisseurs des biens des particuliers, reconnaissant ensuite que toute personne pouvait servir d'intermédiaire. Nous avons montré comment l'histoire de ces variations était aussi l'histoire des variations du sens du mot *procurator*.

Nous avons ensuite étudié le mécanisme des acquisitions de possession *per extraneam personam* et nous l'avons vu fonctionner successivement à propos de chacun des éléments de la possession.

Le premier élément que l'on pût emprunter à un tiers, c'est le *corpus*. Cela même ne fut pas admis de tout temps ; on ne s'y décida que lorsque l'analyse rationnelle fit reconnaître qu'il n'y a pas de différence logique entre le cas où une personne détient matériellement un objet et celui où un tiers le détient pour elle. Nous avons constaté à cette occasion une contradiction entre la pensée inspiratrice des jurisconsultes et leur langage : l'acquisition aurait dû être considérée comme effectuée *corpore proprio*, on considère qu'elle s'est réalisée *corpore alieno*.

Dans cette période du droit romain où l'on reconnut la possibilité d'emprunter le *corpus* à un tiers, on continua d'exiger que l'acquéreur eût un *animus* personnel. Il le manifestait par un mandat ou une ratification des actes

du représentant; il n'y avait d'ailleurs pas de différence à faire entre le mandat conventionnel et le mandat légal, entre le mandat général et le mandat spécial. Durant cette période la possession n'était acquise au représenté qu'au moment où il connaissait l'appréhension de possession qu'il avait ordonnée ou acceptée, il devait avoir conscience de sa possession. Aussi les personnes incapables de volonté ne pouvaient-elles acquérir par leurs représentants légaux tant que durait leur incapacité, c'est-à-dire jamais si elle était perpétuelle. La règle *Nobis etiam ignorantibus acquiritur possessio* modifie cet état de choses. Désormais le représenté doit toujours avoir la volonté de posséder, — et encore la loi la manifeste-t-elle suffisamment pour lui dans le cas de mandat légal, — mais il n'a plus besoin d'être conscient de sa possession. Aussi cette possession peut-elle être acquise aux incapables, au cours même de leur incapacité. Toutefois la conscience de son droit est encore nécessaire pour usucaper, il n'est fait d'exception qu'au profit des personnes morales qui, sans cela, n'arriveraient jamais à l'usucapion.

La nature et l'importance du rôle du représentant et du représenté varient naturellement dans les différentes phases de la législation. Au début le représenté appréhende matériellement la chose, mais sa volonté joue un rôle en quelque sorte négatif, il doit vouloir acquérir pour le représenté, c'est-à-dire qu'il doit ne pas contrarier la volonté de ce dernier. Plus tard son rôle grandit,

la volonté du représenté n'a plus qu'une importance secondaire, elle s'est manifestée par le mandat, elle est désormais suppléée par celle du représentant qui devra seule être prise en considération, à moins qu'il ne soit plus utile, dans un cas particulier, de lui préférer celle du maître.

Dans tous les cas les tiers n'ont pas à connaître ce dernier, ils traitent avec le représentant qui peut à son gré leur faire connaître ou leur cacher sa qualité, traitant, selon qu'il lui plaît, en son nom personnel ou au nom d'un tiers. Il faut cependant réserver le cas où le tiers a un intérêt légitime à connaître le véritable destinataire de l'objet dont il se dessaisit, ce qui a lieu par exemple dans l'hypothèse d'une libéralité. Et dans cette hypothèse il faut reconnaître que s'il n'y a pas accord sur ce destinataire entre le *tradens* et l'*accipiens*, rien n'aura été fait, il n'y aura eu déplacement ni de propriété, ni de possession.

Telle est la théorie de l'acquisition de la possession *per liberam personam*. Théorie intéressante par son originalité, puisque pour la possession seule il fut dérogé à la règle primitive. Nous avons eu incidemment à dire pourquoi une exception avait paru possible en cette matière plus qu'ailleurs ; nous avons vu comment la nature de la possession, où le droit et le fait ont une part inégale, avait facilité en cette matière les innovations. On avait eu ici moins de difficultés que dans une matière de droit pur, précisément parce que la possession étant sur-

tout un ensemble de conditions de fait, l'esprit n'avait eu à s'embarrasser d'aucune difficulté théorique pour constater si ces conditions étaient réunies lorsqu'un tiers détenait pour nous un objet appréhendé sur notre ordre; il y avait là un fait matériel qui s'était imposé.

Ce qui nous a expliqué l'introduction de l'exception apportée à la règle primitive en matière d'acquisition de possession explique aussi que cette exception soit restée isolée. Nulle part on ne trouvait un fait juridique analogue à celui de la possession ; et en matière de droits purs, on n'aurait pu admettre une exception qu'en faisant une théorie de la représentation qui eût renversé les principes du droit. Ce procédé n'était pas familier aux Romains. Ajoutons que cette révolution eût été assez inutile. L'acquisition de la propriété et l'acquisition de la possession sont connexes et simultanées dans le cas de tradition, et, du temps de Justinien, la tradition est le mode de transfert du droit commun, depuis qu'a disparu la distinction des *res mancipi* et *nec mancipi*. La vérité est que la possibilité d'acquérir la possession par intermédiaire répond à tous les besoins. Le principe antique peut rester debout, témoin peu gênant d'une législation disparue; son maintien a quelques avantages et n'a plus d'inconvénients. L'abrogation d'une règle générale a parfois des conséquences inattendues ; on procède sûrement en la minant par des exceptions dont on connaît la portée.

# TABLE DES MATIÈRES

Introduction ..... 1

Chapitre I. Origine de la règle : « *Nihil nobis per extraneam personam acquiritur* » ..... 6

Chapitre II. Par quelles personnes peut-on acquérir la possession ? ..... 20

Chapitre III. L'élément matériel de la possession dans l'acquisition « *per liberam personam* » ..... 49

Chapitre IV. L'élément intentionel de la possession dans les acquisitions « *per liberam personam* » ..... 60

Conclusion ..... 89

# DE LA SIMULATION

## EN DROIT CIVIL ET EN DROIT FISCAL

## BIBLIOGRAPHIE


Aubry et Rau. — Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariæ. 4e édit., Paris, 1878, 8 vol.

Balleydier. — De la date certaine dans les actes sous seing privé. Thèse de doctorat. Paris, 1880.

Bédarride. — Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale. 3e édit., Paris, 1875, 4 vol.

Blanche. — Etudes pratiques sur le Code pénal. Paris, 1867, 7 vol.

Bonnier. — Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel. 4e édit., Paris, 1873, 2 vol.

Braas. — Théorie légale des actes sous seing privé. Bruxelles, 1870, 1 vol.

Chardon. — Traité du dol et de la fraude en matière civile et commerciale. Avallon, 1828, 3 vol.

Cruchon. — Des donations déguisées ou faites par des personnes interposées. Thèse de doctorat. Paris, 1878.

Demante. Principes de l'enregistrement, 3e édit. Paris, 1878, 2 vol.

Demolombe. — Cours de Code Napoléon. 1re éd., Paris, 31 vol.

Duranton. — Cours de droit français suivant le code civil. Paris, 1825-1842, 22 vol.

Larombière. — Théorie et pratique des obligations. Nouvelle édition, Paris, 1885, 7 vol.

Laurent. — Principes de droit civil français. Paris et Bruxelles, 1876, 33 vol.

Marcadé. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon, 7e édit., Paris, 1873-76.

Martin. — Théorie de la Simulation en droit civil et en droit fiscal. Thèse de doctorat. Paris, 1880.

Naquet. — Traité théorique et pratique des droits d'enregistrement. Paris, 1882, 3 vol.

Passama. — Théorie de la simulation dans les actes juridiques. Thèse de doctorat. Toulouse, 1877.

Paul Pont. — Commentaire-Traité des Petits Contrats. Paris, 1877, 2 vol.

Dictionnaire des droits d'enregistrement par les rédacteurs du Journal de l'Enregistrement et des Domaines, 3e édition (Dict. Enr.).

Journal de l'Enregistrement et des Domaines (J. E.).

Pasicrisie Belge (Pasicr.).

Pasicrisie Luxembourgeoise (Pasicr. luxemb.).

Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine, par M. Dalloz (D. P.).

Recueil général des lois et arrêts fondé par J.-B. Sirey (Sir.)

Répertoire général et raisonné de l'Enregistrement, par M. D. Garnier, 5e édition. 1874 (Garnier, Rép.).

Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence, par M. Dalloz (Dalloz Rép.).

Répertoire périodique de l'Enregistrement (Rép. pér. enr.).

Revue critique de législation et de jurisprudence (Rev. crit.).

Revue pratique de droit français (Rev. prat.). (1)

1. Les abréviations mises entre parenthèses sont celles sous lesquelles les recueils seront cités. Nous n'avons d'ailleurs mentionné dans cette bibliographie très sommaire que les ouvrages auxquels il est ordinairement renvoyé dans cette thèse. Nous aurions pu en citer beaucoup d'autres, que nous avons consultés, dans un travail qui intéresse la plus grande partie du droit civil. Il ne nous a pas semblé qu'il y eût quelque utilité à apporter ici le témoignage d'une érudition vraiment trop facile.

# INTRODUCTION

1. — Les actes juridiques volontaires, d'où naît pour une personne un droit, sont ordinairement constatés par un écrit destiné, au cas de litige, à prouver l'existence de ce droit et à préciser son étendue. Cet écrit est présumé sincère et l'on doit, jusqu'à preuve contraire, penser qu'il reflète exactement l'œuvre des parties.

Mais cette présomption, qui s'impose au législateur, peut ne point correspondre à la réalité des choses. Le contenu de l'*instrumentum* peut indiquer une modification dans la situation juridique des parties, alors que cette situation n'a pas changé ; il peut aussi indiquer un acte différent de celui que les parties ont réellement accompli. Un débiteur, voulant soustraire ses biens à l'action de ses créanciers, feindra avec un tiers une vente de ces biens ; mais, aux termes d'une contre-lettre, l'acquéreur ne deviendra jamais propriétaire et ne sera qu'un détenteur pour le compte du prétendu vendeur. Deux personnes ayant à passer un contrat de donation ou de nantissement, rédigeront un écrit dans lequel la convention prendra le nom et les apparences d'une vente.

Dans ces deux hypothèses, on dit qu'il y a simulation (1).

2. — Mais dans la première, l'acte n'a de vrai que l'apparence (*colorem habet, substantiam vero nullam*), et la simulation est dite absolue ; dans la seconde, il sert à dissimuler un autre acte (*colorem habet, substantiam vero alteram*) et la simulation est dite relative.

3. — La simulation est donc un déguisement de la vérité.

Les motifs qui inciteront les parties à user de ce déguisement seront les plus divers. Tantôt elles seront guidées par des considérations légitimes, et l'on comprend, par exemple, qu'un donateur recoure à cette combinaison pour éviter de blesser par une libéralité ostensible — justifiée d'ailleurs — les susceptibilités de sa famille. Tantôt,et plus souvent sans doute, elles auront pour but d'éluder une loi d'ordre public ou de faire fraude aux droits des tiers, parmi lesquels il faut nommer le fisc, soit en présentant sous les apparences d'un acte régulier une opération juridique contraire à cette loi ou à ces droits, soit en essayant de dérober à la connaissance des tiers un acte où leurs droits sont intéressés. Les auteurs disent que dans ces dernières hypothèses, la simulation est frauduleuse.

1. On peut imaginer aussi que des parties feignent un procès et s'arrangent pour faire triompher les prétentions douteuses ou mal fondées de l'une d'elles. Le droit reconnu au profit de cette dernière est constaté par un jugement, ordinairement d'expédient, assez analogue à un acte simulé.

4. — Dès à présent, nous pouvons indiquer le triple aspect sous lequel la simulation nous apparaîtra : simulation dans la nature ou les éléments de l'acte, simulation dans les personnes qui y figurent ou interposition de personnes, simulation dans sa date.

5. — Quel que soit le motif qui a inspiré les parties, le résultat qu'elles ont obtenu, la forme qu'elles ont adoptée, la simulation est un phénomène juridique spécial qu'il importe d'individualiser. Et pour bien établir ce principe essentiel, il n'y a qu'à préciser la différence qui existe entre la simulation et d'autres phénomènes juridiques plus ou moins semblables avec lesquels on peut être tenté de la confondre.

6. — Parmi ces faits, nous citerons d'abord le dol.

Il suffit de rappeler la définition demeurée exacte qu'en donnaient les jurisconsultes romains. « *Omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, decipiendum, fallendum alterum adhibita* ». De cette définition, il ressort une première différence entre le dol et la simulation. Le dol est nécessairement frauduleux ; nous savons au contraire que les parties peuvent avoir des raisons légitimes de déguiser la vérité. Mais une difficulté sérieuse pourra s'élever lorsque la simulation aura été inspirée par une idée de fraude. Deux différences peuvent être signalées entre le dol et ce genre de simulation. La première est que le dol altère le consentement et vicie d'ordinaire l'acte juridique qu'il a inspiré ; la simulation, au contraire, n'altère jamais le consentement, et le plus

souvent, elle est le résultat de la libre volonté de toutes les parties. Nous touchons par ces derniers mots à la seconde différence. Elle a été signalée un peu inexactement par Denisart : « La simulation, dit-il, est si ressemblante au dol, qu'elle n'en diffère qu'en ce que le dol personnel n'est ordinairement que l'ouvrage de l'un des contractants, au lieu que la simulation est presque toujours l'ouvrage de plusieurs » (1). Il aurait dû être plus affirmatif. La simulation, dirons-nous, est presque toujours (2) l'œuvre commune des parties ; le dol est nécessairement l'œuvre exclusive de l'une ou de chacune d'elles. On comprend, en effet, qu'il puisse dans une convention se rencontrer deux dols simultanés et réciproques, mais on ne concevrait pas que le dol qui, par définition, est une manœuvre employée par l'une des parties en vue de tromper l'autre, fût l'œuvre commune des contractants.

7. — La simulation se distingue également de la fraude prévue dans l'article 1167. C'est ici surtout que

1. Denisart, cité par Merlin. Rép. v° Simulation, § 1.

2. Nous avons en effet, trouvé quelques hypothèses où la simulation n'est pas l'œuvre des deux parties à l'acte apparent. Voici la plus intéressante :

Primus vend à Secundus un immeuble. Mais une convention antérieure passée entre Secundus et Tertius a constitué Secundus prête-nom de ce dernier. Si l'on suppose, pour rendre l'exemple plus saisissant, que Primus ignore cette convention, il y aura dans la vente par lui consentie à Secundus, une simulation qui sera l'œuvre de Secundus seul, ou du moins de Secundus et d'un tiers au contrat.

Mais la règle très générale est que la simulation est l'œuvre commune des parties qui veulent soustraire à la connaissance des tiers la situation véritable, et, sauf avis contraire, c'est dans cette hypothèse que nous raisonnerons.

se produisent en pratique les plus bizarres confusions (1). Il semble cependant que la distinction soit assez simple. Dans l'article 1167 les créanciers s'attaquent à un acte dont ils reconnaissent la réalité et par lequel leur débiteur a entendu se lier ; ils prétendent seulement que cette obligation n'a été consentie par ce dernier qu'en fraude de leurs droits. Dans le cas de simulation, au contraire, ils veulent faire constater judiciairement que leur débiteur n'a souscrit aucune obligation, ou que celle qu'il a souscrite diffère de son obligation apparente. Nous verrons que les créanciers ont souvent le choix, en théorie au moins, entre les deux actions. Un débiteur feint d'a-

1. Parmi les auteurs qui ont ainsi confondu deux choses absolument distinctes citons Bédarride.Traité du dol et de la fraude n° 1283 et *passim*. Cette confusion domine, on peut le dire, toute la partie de son ouvrage qui traite de la simulation.

Parmi les arrêts on pourra consulter : Cass. 10 juin 1816. — Cass. 25 janv. 1847. D. P., 47, 4, 342. — Cass. 14 décembre 1858. D. P., 59, 1, 150. — Cass. 21 janv. 1878. Sir. 78, 1, 364.

Mais on ne saurait rien trouver de plus frappant que cet extrait de la Table décennale (1861-1870) du Recueil de Sirey, v° Créanciers, n°s 21 et 22 :

« La règle en vertu de laquelle un créancier ne peut attaquer comme frauduleux un acte de son débiteur antérieur à son droit, ne s'applique pas lorsque l'acte est argué de *simulation*.

« Bien plus, suivant M. Varambon, l'action en déclaration de simulation se distingue de l'action Paulienne. Elle repose sur l'idée que les tiers ne sont pas tenus d'accepter l'apparence pour la réalité, elle est étrangère à l'art. 1167 et n'est subordonnée ni à la preuve de l'insolvabilité du débiteur, ni à la preuve d'une intention frauduleuse dirigée contre le demandeur ».

On remarquera la forme de ce passage et l'hésitation qu'éprouve l'annotateur à signaler une aussi étrange doctrine.

MM. Aubry et Rau ont au contraire très bien fait la distinction. T. V, p. 121.

liéner un de ses biens, dans l'intention de diminuer le gage de ses créanciers. Ceux-ci peuvent établir l'inexistence de cette vente, mais ils peuvent aussi l'accepter comme réelle et démontrer qu'elle a été faite en fraude de leurs droits.

8. — Il est enfin un fait dont la confusion avec la simulation aurait les plus graves conséquences : c'est le faux criminel. D'éminents jurisconsultes ont méconnu cette distinction qui, du reste, est fort délicate. La question se pose seulement dans le cas d'une simulation commise en vue de préjudicier à autrui. M. l'avocat général Blanche, étudiant cette sorte de simulation dans ses Etudes du droit pénal, ne trouve pas qu'elle diffère en quoi que ce soit du faux. Il a défini ce dernier : « l'altération de la vérité dans un écrit, de nature à porter préjudice à autrui et commise avec intention criminelle.... » (1). Il retrouve dans l'espèce les éléments de sa définition. Il se demande alors si « l'altération de la vérité qui se produit suivant l'un des modes indiqués par la loi et peut être l'un des éléments du faux en écriture, perd ce caractère et devient un fait innocent lorsqu'elle est concertée entre les parties qui ont concouru à l'acte falsifié » (2). Et le droit, la raison, la morale, le conduisent également à une réponse négative. La simulation frauduleuse encourra donc les peines du faux, à moins toutefois que des lois spéciales n'aient prononcé contre elle des peines dit-

1. Blanche. Etudes pratiques sur le Code pénal, t. III, p. 165.
2. Blanche. T. III, p. 227. — Cfr. p. 447.

férentes : ainsi la loi fiscale a frappé de simples amendes certaines simulations concertées en vue de frauder les droits du Trésor.

Ce système ne paraît pas acceptable d'une façon absolue. La loi a prévu deux sortes de faux certainement. Le faux matériel d'abord, qui consiste dans une altération matérielle d'un acte déjà existant, dans la contrefaçon d'un acte, dans la fausse signature, et aussi, s'il s'agit d'un acte public, dans la supposition de personnes. Le faux matériel peut être commis dans des actes publics ou dans des actes privés : il est clair qu'il ne peut être confondu avec la simulation. L'art. 146 c. pén. prévoit une autre espèce de faux commis par l'officier public « qui, en rédigeant des actes de son ministère en aura frauduleusement dénaturé la substance ou les circonstances, soit en écrivant des conventions autres que celles qui auraient été tracées ou dictées par les parties, soit en constatant comme vrais des faits faux ou comme avoués des faits qui ne l'étaient pas ». La simulation et le faux se confondent ici en certaines hypothèses : l'officier public qui énonce mensongèrement les faits que la loi le charge de constater, qui simule par exemple la date de son acte, commet à la fois une simulation et un faux, que la doctrine appelle faux intellectuel. Mais il n'a pas à s'inquiéter de la vérité des déclarations des parties ; s'il reproduit fidèlement leurs volontés, sans altérer les faits qu'il doit constater personnellement, les parties peuvent avoir simulé des intentions qu'elles n'ont pas; l'acte pu-

blic, qui est l'instrument de cette simulation, n'est pas pour cela entaché de faux.

Il importe de remarquer que les circonstances dans lesquelles se produit le faux intellectuel ne se retrouvent pas dans la simulation commise par des particuliers. Le faux intellectuel est constitué par une infidélité de l'officier public à sa mission : il n'a pas indiqué exactement ce que la loi l'obligeait à constater, il a trahi les volontés des parties. Aussi dans ce dernier cas, l'acte n'est-il pas l'expression de la volonté des parties ; non seulement elles n'ont pas voulu s'engager dans les termes de l'acte, mais elles n'ont pas même voulu que l'acte fût rédigé comme il l'est. Dans le cas d'acte rédigé sous seing-privé, la situation n'est plus la même. D'une part, en effet, les parties n'ont reçu de la loi aucune mission, et leurs affirmations n'auront jamais que la valeur d'une affirmation quelconque ; d'autre part, l'acte qu'elles rédigent mensongèrement contient exactement ce qu'elles ont voulu lui faire dire. Si cette simulation pouvait jamais être un faux, c'est qu'il y aurait en droit pénal une troisième espèce de faux, distincte du faux matériel et du faux intellectuel que nous connaissons ; et si on l'appelait aussi faux intellectuel — comme les auteurs le font — ce serait par une véritable inexactitude de langage. A ne consulter même que le Code pénal, l'existence de cette troisième espèce de faux est au moins douteuse. Lorsque la loi a voulu prévoir le faux matériel et le faux intellectuel dans les actes publics, elle l'a fait

dans deux dispositions distinctes, bien que les peines prononcées soient les mêmes. Elle ne consacre, au contraire, qu'une disposition au faux en écriture privée, l'art. 147, qui devrait embrasser dans ses termes le faux matériel et le faux improprement dit intellectuel dont nous nous occupons. Il y aurait là un changement de méthode d'autant plus étrange, que la peine du faux dont nous nous occupons ne paraît pas rationnellement devoir être la même que celle du faux matériel. Il faudrait que l'art. 147 fût bien formel. Or ce texte prévoit le faux commis, soit par contrefaçon ou altération d'écritures ou de signatures, — « soit par fabrication de conventions, dispositions, obligations ou décharges, ou par leur insertion après coup dans ces actes, — soit par addition ou altération de clauses, de déclarations ou de faits que ces actes avaient pour objet de recevoir ou de constater. » Le premier et le troisième paragraphe ne visent certainement que des faux matériels ; le second comprend également le faux matériel dans ses expressions. Mais ces expressions permettent-elles de penser que le législateur a prévu aussi autre chose ? Nous ne le croyons pas. Nulle part dans la langue juridique on n'a jamais appelé le fait de passer une convention simulée *fabriquer* une convention ? Ce mot éveille même naturellement une autre idée. Pour éclairer les expressions de la loi qui sont au moins équivoques, il n'est que deux moyens : consulter la tradition, et chercher si la pensée du législateur ne se serait pas fait jour en d'autres endroits. Or quant à la

tradition, M. l'avocat général Blanche lui-même nous apprend qu'elle n'est pas le moins du monde certaine en faveur de son système, et que, tout au contraire, Merlin qui est une autorité en pareille matière, ayant à conclure sur notre question devant la Cour de Cassation, « considéra que l'usage général de la France, la jurisprudence des arrêts et le droit romain concouraient à démontrer qu'il n'y avait pas de faux proprement dit, dans le cas où les parties s'étaient concertées pour altérer la vérité, quoique la simulation pût avoir pour résultat de préjudicier à autrui.... » (1) Le législateur moderne a-t-il manifesté formellement l'intention d'abandonner cette tradition? Tout fait présumer le contraire. Ainsi nous le voyons dans la loi fiscale punir de simples amendes certaines simulations faites en vue de frauder le Trésor, et les plus graves peut être de ces simulations. Or, on ne comprendrait pas l'indulgence du législateur pour des fraudes qui ne lèsent pas seulement un particulier, mais menacent la fortune publique. Elle se comprendrait d'autant moins que ces amendes sont prononcées pour les fautes les plus graves ; et que le législateur n'ayant rien dit pour les moins importantes, on devrait dans ce système, leur appliquer les peines ordinaires du faux; anomalie juridique et rationnelle qui est, à elle seule, la condamnation du système. La vérité a été jadis formulée

1. Blanche, p. 228. L'arrêt qui suivit ces conclusions est du 12 floréal an XIII.

par Dumoulin dans cette proposition énergique et concise : « *Aliud merum falsum, aliud simulatio.* » (1)

9. — Un écrit est prétendu mensonger (2). On peut ramener à trois les questions qui s'élèvent à son sujet. Cette prétention est-elle admissible ; celui qui l'élève a-t-il le droit de la justifier ? Si elle est admissible, comment prouvera-t-il qu'elle est fondée ? Quelles seront les conséquences de la preuve faite ?

La principale partie de cette thèse sera consacrée à l'examen dans trois chapitres différents de ces trois questions Il nous a semblé utile d'y ajouter une étude, forcément sommaire, de la simulation en droit fiscal.

Nous devons toutefois une explication sur notre plan. Nous avons placé en tête de notre travail l'étude des ré-

1. Dumoulin. Note sur l'art. 3 du chap. 31 de la Cout. du Nivernais. — V. Chauveau Adolphe et Faustin-Hélie. Théorie du Code pénal, 5e édit. T. II, nos 650 et 651. — La jurisprudence offre peu de documents. Elle a bien souvent distingué la simulation qui ne peut porter préjudice à un tiers du faux ; mais ce qu'il eût été intéressant de savoir, c'est si la distinction subsiste quand la simulation est préjudiciable. Il semblerait que oui d'après un arrêt du 12 floréal an XIII.

2. Tout étant très confus dans la matière de la simulation, il importe de préciser la terminologie que nous emploierons. Nous appelons *acte apparent* ou *acte simulé*, l'acte que les parties ou l'une d'elles présentent comme vrai et qui ne l'est pas ; dans la simulation relative, cet acte en cache un autre que nous appelons *acte réel* ou *acte dissimulé*. L'acte apparent est constaté par écrit, il n'a même d'autre réalité que le corps que semble lui donner l'écriture ; aussi distingue-t-on assez difficilement ici le *negotium juris* de l'*instrumentum*. Par l'acte réel, nous n'entendons que le *negotium juris*. — Enfin s'il faut ranger la prétention de celui qui demande à prouver la simulation dans la catégorie des actions, nous lui donnerons le nom *d'action en déclaration de simulation* ; encore éviterons-nous le plus souvent ce mot d'action qui est un peu inexact en théorie.

sultats de la preuve de la simulation. Cette disposition, qui peut sembler étrange, a, à notre sens, deux avantages. La connaissance des résultats de la preuve permet d'abord de saisir l'importance des deux questions : cette preuve est-elle admissible et comment l'administrer? L'étude de ces résultats oblige en outre à étudier les principales applications de la simulation, découvrant ainsi dès le début les horizons de notre théorie et permettant de mesurer, d'après des données certaines, le terrain de la discussion. Si en effet la réponse générale est simple et peut tenir en quelques lignes, l'existence de certains textes spéciaux ou de certaines règles de droit complique dans un grand nombre d'espèces le problème à résoudre. Le principe posé, il reste à voir, à propos de chacune des combinaisons les plus connues de simulation, si rien ne contrarie son application. C'est ainsi que nous aurons à exposer et à résoudre des controverses dans les cas de fausse cause dans les contrats, de prête-nom, de donations déguisées, de fausse date dans les testaments, de contre-lettres en matière de cession d'office. Nous ferons dans ces diverses hypothèses la part des principes, la part de l'exception, et, fixés sur les conséquences des règles que nous cherchons, nous pourrons poursuivre de ces dernières une étude désormais plus alerte, puisqu'elle sera débarrassée des controverses d'espèce, plus vivante en même temps, car à chaque principe abstrait qui sera posé, l'esprit se représentera sur le champ quel contre-coup il doit produire dans la réalité.

## CHAPITRE I

### RÉSULTATS DE LA PREUVE DE LA SIMULATION

10. — Le demandeur a établi la simulation. Qu'advient-il de l'acte *simulé*? C'est la première question qui se pose naturellement à l'esprit.

Elle a reçu de M. Bédarride une réponse qu'à plus d'un titre il est intéressant de signaler. Elle résume en effet l'opinion générale ; ses termes sont pour partie empruntés à plusieurs arrêts des Cours de Cassation et notamment à un arrêt des Chambres réunies et on les trouve presque textuellement reproduits dans une décision récente de la jurisprudence belge. (1)

« La simulation simple, dit M. Bédarride, lorsqu'elle n'a pas pour objet de déguiser une incapacité légale ou de donner une apparence licite à un contrat prohibé, lorsqu'enfin elle ne renferme aucune intention de frauder la loi ou de nuire à des tiers, n'est prohibée en aucune manière. Son existence ne pourrait donc nuire à la validité de l'acte, ni occasionner la nullité du contrat dont il a plu

1. Cass. 31 octobre 1809 ; — Ch. réun., 29 déc. 1821 ; — Trib. comm. Bruxelles, 20 nov. 1878. Pasicr., 80, III, p. 281.

aux parties d'emprunter les formes » (1). En d'autres termes la simulation frauduleuse est, et est seule, une cause de nullité de l'acte simulé.

11. — Nous croyons également inacceptables les deux parties de cette réponse. Il ne nous semble exact, dans un langage vraiment juridique, ni de présenter la simulation frauduleuse comme cause de nullité de l'acte apparent, ni de laisser entendre que cet acte est valable dans le cas de simulation non-frauduleuse. Une application bien simple des principes généraux le démontrera. Les actes n'existent que par la volonté des parties ; c'est elle qui les fait naître, subsister et disparaître. Lors donc que les parties n'ont pas voulu qu'un acte fît la loi entre elles, il n'est pas. C'est le cas de l'acte simulé, auquel les parties n'ont jamais entendu attacher une valeur réelle. La vérité est qu'il est inexistant, et il est inexistant parce qu'il est simulé. Peu importe par conséquent que la simulation soit frauduleuse ou non-frauduleuse ; il faut rejeter sans hésitation la distinction proposée. La preuve de la simulation aboutit toujours à la constatation de l'inexistence de l'acte apparent (2).

1. Bédarride, t. III, n° 1260 ; — Cpr. Guillouard. De l'action Paulienne. Thèse de doctorat, p. 147.

2. Cette idée est vraie, même lorsque les parties ont indiqué dans l'*instrumentum* une partie de la vérité. Je vends un immeuble 20,000 fr. et nous portons dans l'acte de vente 15,000 fr. Il est très juridique de dire qu'il y a deux contrats dans cette opération : l'un réel, qui est la vente d'un immeuble pour 20,000 fr., l'autre fictif qui est la vente de cet immeuble pour 15,000 fr. On ne peut pas prétendre que notre acte apparent est partiellement vrai, et que par conséquent on exécute par-

12. — Ce premier résultat n'est peut-être pas le plus intéressant au point de vue pratique, bien que d'une très-réelle importance. La question qui va remplir ce chapitre est beaucoup plus délicate.

Lorsque la simulation est relative, sous l'apparence il y a une réalité. Le demandeur, en même temps qu'il prouve la simulation, reconstitue le plus souvent par une preuve juridiquement distincte, l'acte réel des parties.

13. — Or, supposant d'abord que cet acte émane de personnes capables et réunit les conditions de fond nécessaires à sa validité, il y a lieu de se demander si le fait qu'on l'a présenté sous de fausses apparences peut atteindre dans une mesure quelconque sa valeur. L'arrêt de la Cour de cassation du 31 octobre 1809 répond : « La simulation simple, lorsqu'elle n'est pratiquée ni pour éluder une incapacité établie par la loi, ni pour donner une couleur légale à une acte prohibé, lorsqu'enfin elle n'est accompagnée d'aucune fraude faite aux lois ou aux bonnes mœurs ou aux droits des tiers n'est pas un moyen de nul-

tiellement l'intention des parties en lui donnant effet. En réalité on méconnait complètement cette intention : j'ai voulu vendre pour 20,000 fr. ou ne pas vendre du tout. L'indication du prix de 15,000 fr. n'exprime pas plus mes intentions que ne la trahirait l'absence de prix et le caractère gratuit que j'imprimerais à l'acte.

De même dans les autres hypothèses :

1° De simulation dans la nature de l'acte. — Je fais une donation sous la forme d'une vente. Il n'y a pas de donation à Primus.

2° De simulation dans les personnes. — Je fais une donation à Primus, prête-nom de Secundus. Il n'y a pas de donation à Primus.

3° De simulation dans la date. — A la date indiquée rien n'a été fait.

lité des actes que les parties ont voulu consentir, et qu'elles ont pu consentir sous la forme qu'elles leur ont donnée » (1). Sur le fond même de cette solution nous n'avons rien à contester, elle est d'évidence. C'est en effet une règle de tradition et de bon sens que l'on peut faire indirectement ce qu'on peut faire directement, et c'est d'autre part une règle de droit certaine que la loi n'attache aujourd'hui, en thèse générale, aucune forme précise à la manifestation de la volonté des parties. Il faut, mais il suffit qu'elles aient consenti, et l'on doit rechercher non pas comment elles ont exprimé leur consentement, mais s'il existe et sur quoi il porte.

La forme que l'arrêt donne à sa décision est moins heureuse. La simulation frauduleuse est présentée comme pouvant occasionner la nullité de l'acte dissimulé. Il y a là tout au moins une grave inexactitude de langage et une équivoque à dissiper. La simulation frauduleuse peut avoir deux objets : dissimuler aux tiers un acte qu ils auraient intérêt à invoquer, cacher au contraire un acte qui lèse leurs droits ou viole une loi d'ordre public. Dans le premier cas il est bien certain que la simulation frauduleuse n'est pas une cause de nullité ; loin de prétendre faire tomber l'acte réel, le demandeur veut s'en prévaloir. Dans le second cas, il est bien vrai que l'acte dissimulé tombera, mais la formule de l'arrêt n'est pas moins inexacte que dans la première hypothèse. On re-

1. On verra à la lecture complète de l'arrêt que l'application du principe est aussi inexacte que le principe lui-même est certain.

marquera que, en ce cas, si la simulation est frauduleuse, c'est que l'acte réel l'est lui-même. On est en présence d'un acte qui, fait ostensiblement, aurait été sujet à nullité; il porte en lui-même le vice qui empêche de lui reconnaître une valeur juridique ou la soumet à des chances de caducité. Lors donc qu'il est annulé, on ne peut attribuer ce résultat à la simulation, puisqu'il aurait été atteint sans elle. Il est annulé, parce qu'il est frauduleux, parce qu'il est contraire à la loi ou aux droits des tiers, non pas parce qu'il est dissimulé. En un mot il tombe non parce que les parties ont voulu donner le change sur leurs intentions, mais quoiqu'elles aient essayé de le donner.

14. — De même que la simulation ne vicie pas un acte valable, elle ne valide pas un acte, qui, fait directement et ostensiblement, aurait été inexistant ou frappé de nullité. C'est la seconde règle que nous ayons à formuler dans la question de savoir, si la simulation a une influence sur l'acte dissimulé. Elle est encore plus évidente que la première ; on ne concevrait pas qu'il fût permis de faire indirectement ce qu'il est interdit de faire directement, et que si l'acte réel n'a pas de valeur juridique ou est entaché d'un vice quelconque, la simulation lui communique l'existence, efface son vice et lui attache des conséquences que, par lui-même, il serait impuissant à produire.

15. — En résumé deux principes contiennent toute la théorie des effets de la preuve de la simulation :

L'acte simulé est inexistant.

L'acte dissimulé a la valeur qu'il aurait s'il était fait directement ; à ce point de vue la simulation est indifférente.

16. — Cette seconde règle soulève dans l'application de sérieuses difficultés, et comporte même quelques exceptions. On doit se demander en diverses hypothèses si, à raison de principes spéciaux ou de textes formels, il ne faut pas attribuer à la simulation une vertu débilitante ou fortifiante à l'endroit de l'acte réel, par dérogation aux règles générales. Or il y a des dérogations certaines, des dérogations controversées ; il faut préciser les premières, discuter les secondes. Nous sommes ainsi amenés à étudier successivement les principales matières qui donnent ou peuvent donner lieu à des difficultés. Ce sont la contre-lettre dans les cessions d'office, où les règles ordinaires sont écartées certainement ; la fausse cause dans les conventions c'est-à-dire un cas de simulation dans la nature des contrats, et, à propos de la fausse cause, les donations déguisées ; la convention de prête-nom, c'est-à-dire un cas de simulation dans les personnes, et, à propos de cette convention, les donations par personnes interposées ; enfin un cas de simulation dans la date : la fausse date dans les testaments ; hypothèses où il existe des controverses que nous devons trancher.

## § I. — *Contre-lettres dans les cessions d'office.*

17. — La loi du 28 avril 1816 (art. 91), en concédant aux officiers ministériels le droit de présenter à l'agrément du gouvernement des successeurs, pourvu que ceux-ci réunissent les qualités exigées par les lois, a reconnu implicitement que ces officiers ministériels pouvaient se faire payer l'exercice de ce droit au profit d'une personne déterminée. Le silence seul de la loi pourrait suffire ; la seconde partie de l'article fait à cette faculté une allusion voilée, mais certaine.

Ce qu'on appelle cession d'office n'est autre chose que la convention par laquelle un officier ministériel s'engage, moyennant un prix donné, à présenter une personne à l'agrément du gouvernement, le payement du prix restant naturellement subordonné au succès de la présentation.

18. — Le gouvernement comprit bien vite les abus auxquels pouvaient donner lieu ces cessions d'offices, et les souvenirs de l'ancien régime, non moins que des faits récents, le décidèrent dès le 21 février 1817 à prendre des mesures contre les exagérations dans le prix des charges. Il était d'un intérêt général et supérieur de couper court à ces exagérations de prix, dont l'acheteur allait en définitive demander la compensation aux clients

de son office. Le ministre se reconnut donc le droit de connaître toujours et de réduire, quand il le jugerait convenable, le prix de la cession.

19. — Les parties n'eurent plus de refuge contre sa surveillance que dans l'emploi de la simulation et les contre-lettres se multiplièrent, se résumant toutes en une modification dans le prix de la cession, mais y arrivant par des moyens divers, dont il est intéressant de connaître quelques exemples. Le cas le plus fréquent est celui où le vendeur se fait payer comptant une certaine somme en sus du prix porté dans l'acte. Nous trouvons dans un arrêt du 24 juillet 1855 (1), une contre-lettre portant stipulation de la moitié des produits bruts de la charge pendant une année, en retour de divers avantages consentis sans prix particulier. Ailleurs, c'est une contre-lettre par laquelle l'on vend l'office et la maison d'habitation pour un prix unique de 70,000 fr., sans ventiler la part correspondant à chacun des objets vendus, en sorte que le prix de la maison sera en définitive la différence entre le prix accepté par la chancellerie et celui de 70,000 fr. (2). De même, on a annulé une contre-lettre par laquelle un huissier, cédant son office, convenait avec son successeur qu'il continuerait à diriger l'office et à travailler dans l'étude, moyennant l'attribution de la moitié des produits bruts de l'office (3). Et enfin, un arrêt récent a eu à se

1. D. P. 55. 1. 331.
2. Nancy, 12 mai 1864. D. P. 64. 2. 176.
3. Cass. 10 décembre 1878. Sir. 80. 1. 61.

prononcer sur une convention secrète par laquelle un notaire s'engageait envers son successeur à ne pas instrumenter pendant un temps déterminé dans le canton de son ancienne résidence, au cas où il serait nommé lui-même notaire au chef-lieu du département (1).

20. — La loi frappe de nullité ces conventions secrètes et les frappe à raison même du secret qui les couvre, de la simulation dont les parties ont usé pour se soustraire à l'application d'une loi d'ordre public. Il n'y a pas lieu de rechercher et de faire examiner par le gouvernement ou les tribunaux si la convention réelle est ou non contraire à l'ordre public, à raison de l'exagération du prix qu'elle contient ; elle est contraire à l'ordre public, parce qu'elle est secrète, ou plutôt c'est la simulation qui y est contraire, et c'est à raison de la simulation que la convention est frappée.

L'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence nous permettent d'employer cette formule affirmative en donnant une solution qui a jadis soulevé de sérieuses difficultés. On crut assez longtemps que les contre-lettres devaient être permises dans les cessions d'office, comme dans les autres contrats. Il serait peu intéressant de faire revivre les arguments oubliés qui servaient à justifier cette opinion (2). Elle est depuis longtemps abandonnée

1. Cass. 17 mars 1884. Sir. 84. 1. 224.

2. V. Toulouse, 22 fév. 1840. Sir. 40. 2. 126. Les arguments des partisans de la validité des contre-lettres se trouvent résumés au Répert. alph. de Dalloz. V° Office, n° 213.

et à juste titre. La loi de 1816 a été une concession absolument gracieuse de l'Etat qui aurait pu élever les cautionnements, sans accorder le droit de présentation. Le gouvernement, auquel a été réservé la nomination des titulaires, puise dans sa mission même le droit d'exiger du candidat toutes les garanties nécessaires. Il ne peut remplir cette mission si tous les éléments de la cession ne lui sont pas soumis.

21. — La contre-lettre ne doit donc pas sortir ses effets (1). Deux questions seulement se posent à son sujet.

Laisse-t-elle subsister une obligation naturelle, en d'autres termes, le supplément de prix payé en exécution de la contre-lettre ne peut-il être répété? On reconnaît aujourd'hui qu'une obligation naturelle ne saurait naître d'une convention qui est contraire à l'ordre public.

Mais alors seconde question : Les intérêts de la somme répétée sont-ils dus depuis le jour de la demande ou depuis le jour du paiement? La jurisprudence a, par une longue série d'arrêts, fixé le point de départ des intérêts au jour du paiement (2). Mais le véritable principe nous

1. Le premier arrêt qui ait prononcé cette nullité est un arrêt de la Cour de Paris du 4 nov. 1839. Sir. 39. 2. 487. — Il a inauguré une jurisprudence devenue constante. V. Cass. 13 juillet 1885. Sir. 86. 1. 205 et 5 août 1885. Sir. 86. 1. 268. — V. cependant Bourges, 5 janv. 1850. D. P. 52. 2. 38.

2. V. not. Nancy, 12 mai 1864. D. P. 64. 2. 176; — Cass. 8 juin 1864, D. P. 64. 1. 273.

paraît avoir été posé dans un arrêt de la Cour de Paris qui a appliqué simplement l'art. 1377 et décidé que les intérêts ne sont dus que du jour de la demande, si le cédant est de bonne foi (1). On observera seulement que l'on ne doit jamais s'occuper de la bonne foi que chez le cédant et non chez ses héritiers, si l'action est dirigée contre ces derniers : l'obligation de restituer les intérêts naît d'un quasi-contrat, et elle passe aux héritiers telle qu'elle est née. La bonne foi sera d'ailleurs rarement admissible chez le cédant, qui ne pourra ordinairement être réputé avoir ignoré la prohibition des contre-lettres. L'on ne saurait considérer, par exemple, comme impliquant bonne foi, le fait que le prix stipulé dans la contre-lettre, joint au prix déclaré, correspond à la valeur réelle de l'office. Sur ce point, nous rejetons la décision de la Cour de Paris qui semble l'admettre.

22. — Dans l'hypothèse de contre-lettre à une cession d'office nous avons donc une remarquable exception au principe posé en tête de ce chapitre ; la simulation a une influence sur l'acte réel. Ce qui est peut-être plus remarquable encore, c'est qu'elle ne l'annule pas absolument ; par une dérogation à toutes les règles ordinaires, la loi scinde l'acte secret et l'acte déclaré : la contre-lettre est annulée, la cession déclarée et que les parties n'ont jamais voulu consentir dans les termes où elles l'ont présentée est obligatoire entre elles, bien qu'inexistante

1. Paris, 31 janvier 1851. D. P. 52. 2. 38.

en réalité. Cette rigueur exceptionnelle — dont il n'y a pas d'autre exemple dans la loi — s'explique par la gravité des intérêts que l'Etat veut sauvegarder.

## § II.

*Fausse cause dans les contrats. — Donations déguisées.*

23. — Lorsqu'un écrit exprime une cause mensongère, mais que l'acte des parties en a d'ailleurs une autre, les principes déjà posés veulent que si la cause est licite, l'acte réel soit valable ; qu'il soit nul si elle est illicite. L'art. 1131, c. civ., pourrait, il est vrai, soulever une difficulté : « L'obligation sans cause, dit-il, ou sur *une fausse cause* ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet. » On pourrait croire que la loi prohibe absolument la simulation dans la cause des contrats. Néanmoins la jurisprudence et la doctrine sont d'accord pour reconnaître que par les mots *fausse cause*, le législateur a visé l'hypothèse d'une cause purement imaginaire et n'existant que dans la pensée des parties. Le bon sens et la tradition justifient cette opinion (1).

24. — Mais si l'hypothèse de fausse cause en général ne soulève pas de difficultés sérieuses, une controverse célèbre s'est produite au contraire dans le cas où la

1. Cass. 16 déc. 1879. D. P. 80.1.197. - Trib. Seine, 13 janvier 1887. Loi du 21 janvier 1887.

fausse cause a été appliquée à des libéralités qui ont été présentées comme des conventions onéreuses.

25. — Il n'est pas inutile peut-être de résumer ici quelques notions sur les diverses espèces de libéralités.

On peut les diviser en deux grandes catégories : les libéralités directes et les libéralités indirectes (1).

Nous définirons la libéralité directe : celle qui est faite ostensiblement, dans les formes légales, par une personne qui est le véritable disposant à une autre qui est le véritable gratifié, sans l'intermédiaire d'un tiers. Cette définition embrasse le legs ordinaire, la donation solennelle, le don manuel.

Toute autre libéralité est indirecte. Les libéralités indirectes peuvent elles-mêmes être divisées en trois classes, la première comprenant des donations et des legs, les deux autres spéciales aux donations.

Il y a d'abord la libéralité par personne interposée. L'hypothèse ordinaire est la suivante : Primus, testateur ou donateur, lègue ou donne à Secundus une chose, que celui-ci remettra à Tertius, le vrai bénéficiaire de la libéralité. Secundus peut avoir à cet effet reçu un

1. Cette terminologie n'est pas très exacte, car une donation déguisée, par exemple, est très directe ; mais elle semble admise par les rares auteurs qui ont essayé de généraliser ces questions. Cfr. Cruchon. Des donations déguisées et faites par personnes interposées, p. 96. M. Demolombe dit que toute donation qui n'est pas directe, c'est-à-dire absolument régulière et solennelle, est une donation indirecte. (Successions, t. IV, nº 253).

fidéicommis, mais nous verrons qu'il n'est même pas nécessaire qu'une convention soit intervenue entre le disposant et la personne interposée. (1)

Il y a ensuite la libéralité indirecte (*stricto sensu*) qui se réalise sous des formes très diverses mais dont les plus connues sont :

1° La renonciation à un droit, lorsqu'elle doit nécessairement profiter à quelqu'un. Elle peut être expresse ou tacite ou résulter de ce fait qu'on a volontairement laissé prescrire son droit ;

2° La stipulation pour autrui ;

3° La donation mixte ou mêlée à un contrat onéreux. Primus, par exemple, vend à Secundus pour 60,000 fr. un immeuble qui en vaut 100.000 dans l'intention de lui en donner 40.000.

Enfin nous trouvons la donation absolument déguisée que les parties voilent sous les dehors d'une convention à titre onéreux (2).

1. En dehors de cette hypothèse, la seule qui se réalise dans la pratique, on en a signalé une autre. La personne interposée au lieu de jouer le rôle de donataire pourrait jouer celui de donateur et dissimuler le véritable disposant. Il suffirait d'imaginer par exemple que ce dernier a investi fictivement le prête-nom de la propriété de l'objet par une convention à titre onéreux simulée. V. Charrié. Des libéralités déguisées, p. 114.

2. Les termes de cette division ne sont point exclusifs les uns des autres. La donation mixte, par exemple, peut être ostensible ou déguisée. Primus peut dire dans l'acte qu'il entend donner à l'acquéreur la différence entre le prix et la valeur de l'immeuble. Mais il peut aussi déguiser ses intentions et cela de deux façons : en portant dans l'acte le prix réel, mais sans manifester son intention de libéralité et en laissant entendre que la convention est toute entière à titre onéreux ; en portant dans l'acte un prix fictif égal à la valeur de l'immeuble. -

26. — Une étude restreinte au cas de simulation ne doit s'occuper ni des libéralités directes, ni de la stipulation pour autrui, ni des fidéicommis exprès, ni des renonciations à un droit.

Les libéralités faites à personnes interposées, ou fidéicommis tacites, seront vues à propos de la théorie du prête-nom.

Il ne reste plus, par conséquent, que les donations déguisées et les donations mixtes déguisées. Je passe avec un tiers un contrat de donation que nous dissimulons sous une vente dont le prix est entièrement fictif. Je vends à un tiers un immeuble pour un prix très-inférieur à sa valeur, et soit que je porte dans l'acte le prix réel, soit que j'y inscrive un prix plus élevé, je n'indique nulle part mon intention de libéralité, et présente comme entièrement onéreux un contrat qui l'est pour partie seulement. Puis-je le faire ?

Pour résoudre cette question, nous nous placerons à deux points de vue différents : celui des principes d'abord,

Mais en règle générale il vaut mieux conserver à chacune de ces sortes de libéralité son individualité. Il y a une véritable exagération et peut-être une erreur à dire avec l'auteur d'une thèse de doctorat sur les donations déguisées que la donation déguisée ne se distingue pas de la donation par personne interposée. « Partout, dit-il, où il y a libéralité déguisée, il y a forcément déguisement de personnes et réciproquement partout où il y a interposition de personnes, il y a déguisement de la libéralité. Une langue juridique exacte devrait avoir une seule expression, celle de libéralité déguisée. » Charrié. Des libéralités déguisées, p. 118. Cette langue ne serait à notre avis ni claire, ni même exacte

ensuite celui de la tradition, des textes et des nécessités pratiques.

27. — La simulation étant, nous l'avons établi, indifférente en règle générale à la validité des actes dissimulés, la question au point de vue des principes se pose en ces termes : Une libéralité avouée réunissant les mêmes conditions de fond et de forme que la donation mixte déguisée ou absolument déguisée serait-elle valable ?

27 *bis*. — Quant à la donation déguisée, la solution n'est pas douteuse. La donation est en effet soumise à des conditions de forme, exigées *ad solemnitatem*, pour son existence même, et que nous ne retrouvons pas dans les contrats onéreux. Faite ostensiblement dans les formes de ces derniers contrats, par acte sous seing privé par exemple, la libéralité serait inexistante (art. 893, 931, 932 c. civ). Le fait qu'on l'a mensongèrement revêtue d'une autre qualification ne peut lui prêter la vie qu'elle n'a pas. On ne peut faire indirectement ce qu'on ne peut faire directement.

La jurisprudence, il est vrai, tient un raisonnement du même genre pour valider les donations déguisées. On peut, dit-elle, faire indirectement ce qu'on peut faire directement. Donc on peut faire sous une forme simulée une donation de biens disponibles qui n'est entachée d'aucune nullité à raison de l'incapacité des personnes intéressées. — Elle oublie que ce qu'il est permis de faire directement, ce n'est pas de donner en respectant seulement les lois de la réserve et de la capacité, c'est

de donner dans certaines formes sans lesquelles le contrat n'existe pas (1).

28. — La donation mixte est plus intéressante et plus délicate à étudier au point de vue des principes. Ce n'est pas que la doctrine se soit embarrassée de la question ; il semble, au contraire, à l'entendre, qu'aucune difficulté ne soit possible. La donation mixte, déguisée ou non, est valable.

« Primus, dit M. Demolombe, vend pour 60.000 fr. à Secundus, l'un de ses héritiers, un bien qui en vaut 100.000 avec l'intention de lui faire donation des 40.000 fr. de différence.

« La vente est valable.

« La donation qu'elle renferme l'est-elle également ?

« Evidemment.

« Les formes à observer pour la validité d'un contrat doivent être déterminées par la nature propre de l'objet principal du contrat que les parties ont entendu faire ; or elles ont entendu faire et elles ont fait effectivement un contrat de vente ; donc les formes du contrat de vente qu'elles ont employées suffisent à la validité de la convention.

« D'autre part si le contrat de vente qu'elles ont fait est valable, il doit l'être nécessairement en entier, tel qu'elles l'ont fait, avec les clauses et conditions qui en sont les éléments constitutifs : or la détermination du

1. Cpr. un article de M. Lafontaine. Rev. crit. 1857, p. 63.

prix est certes l'un des éléments constitutifs de la vente... » (1).

Cette application de la maxime *Accessorium sequitur principale* aux formes d'un acte juridique nous paraît soulever de sérieuses objections, tout spécialement lorsque le contrat accessoire est solennel et que le contrat principal ne l'est pas. Un exemple, sans autre démonstration, va rendre évidente la difficulté. Primus, débiteur de Secundus, a deux immeubles d'inégale valeur. Désireux de se défaire de l'immeuble le plus important et d'en toucher la valeur immédiatement, il s'adresse à son créancier qui accepte d'acheter le fonds, de payer comptant le prix qui ne se compensera pas avec sa créance antérieure, mais qui exige que pour sûreté de cette créance le vendeur, son débiteur, lui constitue hypothèque sur l'immeuble de moindre valeur dont il reste propriétaire. Si jamais il y eut unité de contrat, c'est ici où la constitution d'hypothèque n'est que l'un des éléments de la prestation en retour de laquelle l'acheteur promet le prix. La convention est passée, et l'hypothèque constituée dans l'acte sous seing privé qui la relate. Peut-on soutenir que cette constitution est valable? Et ce serait cependant le cas de dire : « Les formes à observer pour la validité d'un contrat doivent être déterminées par la nature propre de l'objet principal du contrat que les parties ont

1. Demolombe. Donat. et Test. T. III, nº 97.

entendu faire ; or, elles ont entendu faire.... un contrat de vente, etc. » (1).

A rigoureusement parler, la donation mixte, faite ostensiblement, ne devrait donc pas être valable.

29. — Elle l'est cependant pour d'autres raisons.

Il y a d'abord de cette solution une raison traditionnelle. Pothier enseignait déjà ce que M. Demolombe enseigne aujourd'hui : « Lorsque le vendeur, disait-il, a voulu gratifier l'acheteur en consentant que le prix fût accordé à une somme au-dessous de la valeur, cela n'empêche pas que le contrat ne soit un vrai contrat de vente... On peut néanmoins dire que le contrat en ce cas n'est pas purement et entièrement un contrat de vente, mais un contrat qui tient quelque chose de la donation, et qui cependant, eu égard à la principale intention des parties contractantes, est un contrat de vente plutôt qu'une donation » (2). Nous n'avons plus à revenir sur la réfutation de cette idée; néanmoins il faut reconnaître qu'il est important de savoir que Pothier professait cette opinion ; il n'est nullement démontré que les législateurs du Code civil aient innové.

A cet argument insuffisant, puisque l'idée de Pothier

1. Il était d'autant plus intéressant d'établir les principes que l'opinion de M. Demolombe est très accréditée. Un seul auteur, à notre connaissance, ne paraît pas être aussi affirmatif que lui. Les hésitations de M. Laurent se traduisent dans son langage, et dans l'effort qu'il tente pour trouver une autre raison de principe, qui, d'ailleurs, est inacceptable. Il suffit d'y renvoyer (T. XII, nos 302, 303 et 305).

2. Traité de la vente, no 21.

est inexacte en soi, et de plus parce qu'il la fonde sur un texte du Digeste, qui, à aucun titre, ne saurait avoir la portée qu'on lui attribue, s'en ajoute un beaucoup plus décisif, c'est que le Code paraît s'être approprié sa solution. Les art. 853 et 1595 C. civ., notamment, consacrent la validité des avantages mêlés à des contrats onéreux. Il suffira de citer l'art. 853 : « Il en est de même (c'est-à-dire : sont dispensés du rapport) des profits que l'héritier a pu retirer de conventions passées avec le défunt, si ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect, lorsqu'elles ont été faites ». Donc, si elles présentaient un avantage indirect, cet avantage doit être rapporté, ce qui implique sa validité.

La donation mixte, faite sans déguisement, serait donc valable ; elle le sera également dans le cas où on la déguiserait.

30. — A l'inverse la donation déguisée sera nulle ; rien ici n'oblige à modifier la solution qui nous a paru découler des principes généraux.

Cette solution a contre elle une jurisprudence constante qui, il est vrai, déclare appliquer les principes, tandis qu'elle donne des décisions tout à fait exceptionnelles. Il est trop important de savoir si ces décisions sont justifiées, au moins à titre exceptionnel, pour ne pas exposer les arguments, autres que la raison de principe déjà refutée, que les arrêts invoquent à l'appui de leur thèse.

Le premier est la tradition. Les textes du Digeste con-

sacrent la validité de la donation déguisée. Dans l'ancien droit et spécialement après l'ordonnance de 1731, cette solution est admise par Furgole et plusieurs autres. Furgole dit, par exemple, « que l'intention du législateur n'a pas été de supprimer ou d'abroger les donations tacites dans le cas où elles sont présumées, non plus que les quittances ou les renonciations qui sont d'écriture privée, lorsqu'elles renferment des traités réciproques ou qu'on ne peut les considérer comme des donations proprement dites..... D'ailleurs, notre texte par ces mots *Tous actes portant donation entre vifs*, fait comprendre qu'il n'entend parler que des donations expresses dont on était accoutumé de dresser des actes pour la preuve de la donation » (1). Cette tradition passe dans le droit intermédiaire où une loi du 17 nivôse an II (art. 26) annule toutes donations à charge de rente viagère ou ventes à fonds perdu faites à l'un des héritiers présomptifs ou à ses descendants depuis le 14 juillet 1789. A quoi bon annuler ces ventes présumées libéralités, si elles étaient nécessairement nulles ?

Les auteurs du Code suivent les mêmes errements.

L'article 853 d'abord prévoit le cas où une personne a, sous le couvert de contrats onéreux, fait des avantages à l'un de ses successibles. Annule-t-il ces avantages ? Il les soumet au rapport et, par là même, atteste leur validité.

1. Furgole. Commentaire de l'ordonnance de 1731, sur l'art. 1.

L'article 911 est plus probant encore. Il annule les donations déguisées faites à des incapables. Qu'en conclure sinon que les donations déguisées sont valables, lorsque le donataire est capable? Si toutes les donations déguisées étaient nulles, l'article 911 deviendrait une disposition inexplicable. Mais ce qui prouve bien qu'il faut l'entendre en ce sens, c'est le commentaire qu'en donne Bigot-Préamenen dans son exposé des motifs : « Ce serait en vain que la loi aurait, par ces motifs, déclaré les personnes qui viennent d'être désignées incapables de recevoir, si l'on pouvait déguiser la donation entre-vifs sous le titre de contrats onéreux, ou si l'on pouvait disposer sous le nom de personnes interposées. — C'est à la prudence des juges, lorsque le voile qui cache la fraude est soulevé, à ne se déterminer que sur des preuves ou au moins sur des présomptions assez fortes pour que les actes dont la fraude s'est enveloppée ne méritent plus aucune confiance. Si c'est un acte déguisé sous un titre onéreux, il doit être annulé *lorsqu'il est prouvé que celui qui l'a passé n'a pas voulu faire un contrat onéreux qui lui était permis, mais que son intention a été d'éluder la loi en disposant au profit d'une personne incapable* » (1).

L'art. 1099 fournit un argument analogue; il suffit d'y renvoyer.

Enfin dans un autre ordre d'idées, l'art. 918 complète

1. Fenet. XII, p. 520.

et pourrait à lui seul faire la démonstration. Il suppose qu'un bien a été aliéné à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit à un successible. Et il établit deux présomptions légales : la première, que l'acte est en réalité une libéralité, la seconde, qu'elle a été faite avec dispense de rapport. Il est manifeste que si la donation déguisée est nulle, la seconde de ces présomptions ne se comprend plus ; il n'y aurait pas à parler de rapport.

Et c'est avec raison que la loi a ainsi consacré la validité des donations déguisées. Les parties ont pu avoir les motifs les plus légitimes de déguiser la libéralité, et surtout, alors même que la pureté de leurs intentions serait douteuse, il y aurait le plus grave inconvénient à permettre de la suspecter sans motif suffisant, sous le seul prétexte que l'on a suivi une voie détournée. Que l'on n'objecte pas que la loi a voulu protéger le donateur contre ses propres entraînements et, par la solennité des formes, attirer son attention sur la gravité de l'acte qu'il allait accomplir. Cette attention sera tout aussi éveillée par la nécessité, où il se verra, de recourir à un déguisement.

31. — Cette argumentation n'a convaincu qu'un nombre restreint d'interprètes (1) et la majorité d'entre eux rejette le système de la jurisprudence. Rappelant à leur

1. Parmi eux il convient de citer MM. Aubry et Rau. T. VII, p. 84-85. Tout récemment encore, M. Jules Janet, dans une note insérée au Recueil de Dalloz (année 1879, 2.249), s'est prononcé nettement en faveur de la même opinion.

tour les principes généraux, ils pensent qu'aucun des arguments invoqués ne suffit à justifier une dérogation aussi grave à ces principes.

Ils font appel, eux aussi, à la tradition. Le droit Romain, disent-ils, doit rester étranger à la discussion parce qu'à Rome, à l'époque où écrivaient les jurisconsultes cités au Digeste, la donation se formait par le seul consentement comme la vente et que la validité des donations déguisées était dès lors une simple application des principes généraux. Mais vienne l'ordonnance de 1731 consacrant la solennité des donations, la doctrine doit se modifier complètement. Et Pothier, en effet, admet en termes exprès la nullité des donations déguisées (1). Furgole, que l'on cite en sens contraire, n'excepte des formes des donations que les donations *tacites*, c'est-à-dire, comme il l'explique lui-même, celles que la loi présume dans certaines circonstances et qui sont moins l'effet de l'homme que celui de la loi (2).

Rien de plus facile à expliquer que les lois de la période intermédiaire. La loi du 17 nivôse an II a établi une présomption légale de simulation contre certains contrats en apparence à titre onéreux. Valide-t-elle pour

1. Pothier, Traité de la vente n° 19.

Même opinion dans Lebrun (cité par Delvincourt. Cours de Code civil, Paris, 1819, t. II, p. 392, note) qui dit : « Il ne suffit pas d'avoir le pouvoir de donner pour faire valoir un acte qui contient un avantage, si cet acte n'est pas dans la forme requise pour les donations. »

2. V. sur l'historique de la question des donations déguisées, Cruchon, p. 70.

cela les donations déguisées ? Elle annule au contraire ces contrats, et, supposant nulles les donations déguisées lorsque le déguisement est établi, elle vient au secours des intéressés en les dispensant de faire cette preuve dans les cas qu'elle prévoit (1).

Si enfin on arrive au Code, on y trouve consacrée d'une manière formelle, la doctrine de la nullité des donations déguisées. Les art. 843 et 931 sont aussi impératifs que possible : aucun moyen d'échapper à leur formule si claire et si précise que Bigot-Préamenen se bornait presque à la répéter au Corps Législatif, lorsqu'il voulait en donner un commentaire : « On n'admet comme légalement constatés les actes portant donation que quand ils sont passés devant notaires dans la forme ordinaire des contrats » (2).

Pour déroger à des textes aussi formels, il faudrait un texte qui leur fût contraire. Ce texte, il est vrai qu'on prétend le trouver soit dans l'art. 853, soit dans les art. 911 et 1099, soit dans l'art. 918; mais c'est en donnant à ces articles un sens et une portée qu'ils ne peuvent avoir.

L'art. 853, d'abord, doit être restreint aux donations mixtes, mêlées à un contrat onéreux. Les donations déguisées ne peuvent valoir ni comme contrats onéreux, puisqu'on n'a pas voulu en faire un, ni comme donations, puisqu'elles manquent des formes de la donation.

1. Martin, p. 344.
2. Fenet, XII, p. 543.

Pour leur appliquer ce texte il faudrait y être contraint par ses termes. Or il est un moyen de les entendre raisonnablement, c'est de les appliquer à ces donations mixtes, parce que dans ces donations, on peut se prendre à une réalité, on trouve une base sur laquelle on puisse étayer l'opération juridique. Il y a dans cette opération un contrat onéreux réel, et c'est en s'appuyant sur lui que la donation produira ses effets. Elle participera de sa valeur juridique et sera maintenue comme son accessoire (2).

Les art. 911 et 1099 sont évidemment insuffisants; et l'argument qu'on en tire est doublement inadmissible. Il suppose que le législateur a voulu trancher dans ces textes la question de principe, alors qu'il a voulu simplement affirmer que ses dispositions ne pourraient être éludées par aucune combinaison. D'autre part, ce ne serait jamais qu'un argument *a contrario*, c'est-à-dire un argument insuffisant pour justifier une dérogation aux principes.

Reste l'art. 918. Or c'est un texte absolument exceptionnel et dont la décision exorbitante du droit commun s'explique par des raisons toutes spéciales. La loi suppose une aliénation à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit dont on n'établit pas la simulation. Si la simulation était prouvée, la donation tomberait *ob defectum formæ*. Supposant donc que cette preuve n'est pas faite,

2. Demante. De la loi et de la jurisprudence en matière de donations déguisées, p. 16. — Laurent, XII, n. 305.

elle présume que l'acte est cependant un acte à titre gratuit. Mais elle n'ignore pas que sa présomption peut être fausse et « en conséquence, dit M. Vernet (1), elle ne présume le contrat à titre onéreux que dans la mesure nécessaire pour atteindre le but qu'elle poursuit ». M. Cruchon a très heureusement précisé ce but et les moyens employés pour l'atteindre : « Si les réservataires ne parviennent pas à prouver la simulation, le déguisement retombera sous la présomption de l'art. 918, et le contrat à titre onéreux sera considéré d'une part, comme une donation, autant que cela est nécessaire pour empêcher le préciput exagéré, et d'autre part, comme contrat à titre onéreux sérieux, pour faire échapper la libéralité à la nullité générale dont sont frappées les donations déguisées » (2). Partagé entre le désir de réprimer la fraude et la crainte de se tromper, le législateur s'est arrêté à une sorte de transaction peut-être *inelegans*, mais à coup sûr très raisonnable.

Rien donc dans la loi ne peut justifier la jurisprudence. Rationnellement elle ne s'explique pas davantage. Annihilant les précautions dont le législateur a voulu entourer la donation, elle encourage la fraude et en réalité elle lui donne une prime. A quoi bon se soumettre aux formes légales? Dans ce système, ainsi qu'on l'a justement remarqué, celui qui emploie une voie oblique et détournée a toutes les chances en sa faveur et il a par conséquent

1. Article de M. Vernet dans la Revue pratique, tome XV, p. 213.
2. Cruchon, p. 117.

plus d'avantage que celui qui a pris franchement la voie qui lui était indiquée par la loi. Que risque en effet le premier? Rien, absolument rien ; car si la simulation est découverte, il se trouve dans la même position que s'il avait employé la voie directe ; et si elle ne l'est pas, il sera parvenu à éluder la disposition de la loi. Il a donc à gagner à prendre les moyens frauduleux.

32. — Telle est, exactement résumée, croyons-nous, la célèbre et — quoiqu'on en ait dit — sérieuse question de la validité des donations déguisées. Des deux opinions que nous venons d'exposer, la seconde est de beaucoup préférable et nous croyons avec la majorité des auteurs qu'une donation déguisée manque des conditions requises pour l'existence même d'une donation. Nous adoptons en conséquence dans son ensemble l'argumentation qu'ils mettent au service de leur théorie. Nous demandons cependant à y relever une erreur et au moins une inexactitude.

Il nous suffit tout d'abord de rappeler les explications données plus haut sur les principes du droit en matière de donations mixtes ou déguisées, pour écarter la réponse que fait la doctrine à l'argument tiré de l'art. 853 en faveur de la validité des donations déguisées. Elle prétend que l'art. 853 ne peut s'appliquer qu'aux donations mixtes, parce que pour ces donations il y a un motif spécial de les déclarer valables : c'est l'existence d'un contrat onéreux sérieux à côté de la donation Celle-ci serait validée comme accessoire de celui-là, et l'art. 853

serait une application des principes généraux. — Nous avons déjà démontré que l'existence d'un contrat onéreux dans la donation mixte est absolument indifférente à la validité de la libéralité au point de vue des règles générales du droit, et que l'art. 853 ne valide ces donations que par dérogation au droit commun. Nous croyons donc que si l'art. 853 doit être restreint aux donations mixtes c'est parce qu'il est exceptionnel et qu'il faut rester exactement dans ses termes : or ceux-ci ne s'appliquent qu'aux donations mixtes.

La réponse faite par la doctrine à l'argument tiré de l'art. 918 ne mérite pas un reproche aussi grave, et cependant elle a besoin d'être précisée. Elle explique ce texte par l'idée d'une transaction du législateur qui, en présumant une libéralité, craint néanmoins de se tromper sur le véritable caractère du contrat. Or il faut remarquer que parmi les auteurs, un grand nombre admettent l'application de l'article 918, même dans le cas où cette idée est inacceptable, parce que les parties ont affirmé elles-mêmes le caractère gratuit du contrat ; c'est le cas par exemple de donation avec réserve d'usufruit(1). — Dès lors, l'explication de la doctrine n'étant plus acceptable, l'objection de la jurisprudence demeurerait entière. Quant à nous, nous n'avons pas à nous y arrêter, car on verra que nous n'admettons pas l'appli-

1. V. Laurent, XII, nº 122. Mais il cite inexactement M. Demolombe, qui ne mérite pas le reproche que nous adressons à la doctrine de M. Laurent. Cfr. Demol., Don. et test. t. II, p. 522.

cation de l'art. 918 aux donations avec réserve d'usufruit.

33. — Quoi qu'il en soit, la jurisprudence est constante en faveur de la validité des donations déguisées (1) et la simulation se trouve, d'après elle, valider un contrat qui aurait été inexistant, s'il eût été fait ostensiblement, en dehors des formes des donations.

34. — C'est son seul effet d'ailleurs. La simulation ne dispense pas en principe la donation déguisée des conditions de fond et de capacité. Cette donation ne doit porter que sur des biens disponibles ; elle est soumise aux causes de révocation des donations (2). On ne peut citer que deux dérogations qui aient été faites en jurisprudence à cette règle.

Encore l'une d'elles n'a-t-elle rallié qu'une très faible fraction de cette jurisprudence. Elle est relative aux donations excessives, portant sur des biens indisponibles. Une donation de ce genre est en général simplement réductible ; quelques arrêts avaient annulé en entier des donations déguisées faites en vue de frauder les lois de la réserve (3). C'était une erreur, que la plupart des décisions judiciai-

1. Cette unanimité dans la jurisprudence nous dispense d'une énumération d'arrêts. Nous ne citerons que l'un des plus récents: Cass. 2 avril 1884. Sir. 86. 1. 121.

2. Dalloz. Rep. v° Disp. entre vifs, n° 1741. — Toulouse, 26 fév. 1861. D. P. 61. 2. 58 (motifs) ; — Cass. 9 juillet 1879. Sir. 81. 1. 205 ; Lyon, 14 mai 1880. Sir. 81. 2. 38. — M. Bédarride pense que les donations déguisées ne sont pas révocables pour ingratitude et ne motive pas cette opinion restée isolée (Tr. du dol et de la fraude, t. III, p. 347).

3. Angers, 7 août 1850. D. P. 53. 2. 209; — Bastia, 26 déc. 1855. D. P. 56. 2. 149.

res n'ont pas commises. L'une d'elles a très nettement affirmé que les donations déguisées excessives ne sont que réductibles « alors même que les donations, par suite d'un concert avec le donateur et le donataire tendent à porter atteinte à la réserve des héritiers » (1).

La jurisprudence consacre au contraire une solution erronée, relativement au rapport des donations déguisées. On sait que les tribunaux admettent les dispenses virtuelles de rapport : il suffit qu'on établisse l'intention du disposant de soustraire au rapport la libéralité qu'il fait. Cette intention peut ressortir des circonstances : la simulation sous laquelle on voile la disposition est une des circonstances qui, aux yeux de cette jurisprudence peut, jointe à d'autres indices, fournir cette preuve (2). Certains auteurs disent même qu'elle fait toujours à elle seule preuve suffisante (3). Ces deux systèmes, unis par un lien étroit de parenté, doivent être condamnés, avec leur auteur commun, ce principe qu'une dispense de rapport peut être virtuelle. L'art. 843 exige une dispense expresse, et on ne peut échapper aux expressions lumineuses de ce texte.

35. — Enfin, même lorsque les conditions de fond sont respectées, la jurisprudence, pour valider les donations déguisées, leur impose des formalités arbitraires qui

1 Cass. 13 déc. 1859. D. P. 59. 1. 503.

2. V. Riom, 16 mars 1882. D. P. 83. 2. 35.

3 On trouvera les autorités en sens divers dans le Code civil de Dalloz sous l'art. 843, nos 85 et s.

obligent les parties à aller jusqu'au bout de leur mensonge. Elle exige, en effet, que le contrat qui enveloppe la donation soit un contrat translatif de propriété, et réunisse en apparence toutes les conditions nécessaires à sa validité. Certains auteurs vont même jusqu'à exiger en pareil cas les conditions prescrites par la loi pour qu'un acte sous seing privé fasse preuve en justice. Ces conditions soulèvent des difficultés dont l'examen, on le verra, trouvera sa place naturelle au chapitre suivant.

36. — Etant donné qu'une donation déguisée qui réunit ces conditions est valable en règle générale, la jurisprudence a eu à résoudre une sérieuse difficulté sur l'art. 1099. Cet article n'édicte-t-il pas la nullité des donations entre époux, par le seul fait qu'elles sont déguisées? On aurait là un exemple de ces cas très rares où la simulation a une influence sur la valeur de l'acte dissimulé. La même question se posant pour les donations par personnes interposées, nous verrons la controverse à propos de ces dernières.

### § III. *Prête-nom dans les actes juridiques*

37. — La notion du prête-nom ne paraît avoir que peu préoccupé les interprètes du droit civil ; ils se sont tous bornés à une notion qui semble insuffisante. On s'en apercevra à la lecture des passages suivants de trois auteurs différents.

« Comme il n'y a pas, dit M. Paul Pont, de forme sa-

cramentelle pour la constitution d'un mandat, il s'ensuit qu'entre le mandant et le mandataire les effets sont absolument indépendants de la forme ou du mode sous lequel la charge ou le pouvoir d'agir a été conféré. Ainsi une vente, une cession, une donation ou tout autre acte pourra bien investir en apparence l'acquéreur, le cessionnaire, le donataire de tous les droits du propriétaire ; ce n'en sera pas moins un mandat qui, entre les parties, aura les effets propres à ce contrat, dès qu'il sera entendu entre elles qu'en réalité c'est un mandat seulement qui est intervenu » (1). MM. Aubry et Rau donnent des explications analogues : « Si le caractère et les effets du mandat sont en général indépendants de la forme extérieure sous laquelle il a été conféré, les rapports du mandant et du mandataire avec les tiers sont cependant profondément modifiés, lorsque le mandat se produit sous la forme d'une vente, d'une cession ou d'un autre acte, par lequel le mandant investit en apparence le mandataire de tous les droits de propriétaire ou de maître de l'affaire » (2). Et enfin M. Laurent, le dernier venu : « On appelle prête-nom, en matière de mandat, celui qui en apparence a les droits du propriétaire sur une chose, tandis qu'en réalité il n'est que mandataire. Il y a un acte public, tel qu'une cession, une vente par lequel l'une des parties transporte à l'autre la propriété d'une chose ou d'un droit ; et une contre-lettre ou convention secrète

1. Paul Pont. Des petits Contrats, I, nº 1079.
2. Aubry et Rau, t. IV, § 410, p.635.

constate que le prétendu acquéreur n'est qu'un mandataire. Dans ce cas le mandataire qui devient ce qu'on appelle un prête-nom, agissant *nomine proprio*, etc. » Et la suite des explications démontre que M. Laurent entend bien comme les autres que l'acquéreur apparent est mandataire du vendeur (1).

Les auteurs imaginent donc la constitution d'un prête-nom sous une forme unique. Primus, mandant, transporte fictivement ses droits à Secundus, prête-nom, qui est désormais le propriétaire apparent et va par exemple vendre la chose, objet de la cession. Donc entre le prête-nom et le maitre de l'affaire, un acte simulé : la vente ; un acte réel : le mandat. La vente fictive pourra être suivie d'un autre acte juridique : le prête-nom peut céder les droits dont il est en apparence le titulaire par un acte régulier qui contiendra nécessairement une simulation de personnes, puisque le vendeur ou donateur apparent ne sera pas le vendeur ou donateur réel. Mais le plus souvent il se contentera de remettre matériellement la chose au véritable destinataire, et c'est ce qui aura lieu lorsque ce destinaire sera incapable de recevoir, lorsque ce sera par exemple une congrégation non autorisée.

38. — Cette analyse de la définition donnée par les auteurs en démontre l'insuffisance. Elle convient sans doute au prête-nom plaidant en justice : il va soutenir en

1. Laurent, XXVIII, n° 76.

son nom les droits d'un tiers : il faut qu'il ait été fictivement investi de ces droits. Elle convient aussi au prête-nom chargé de disposer de la chose : au prête-nom vendeur, donateur, prêteur, etc. Mais que devient le prête-nom acheteur, donataire, etc. ? Faute d'avoir posé une définition exacte, on a commis sur ce point de réelles confusions. Je veux acheter un objet, et je ne veux pas me présenter comme acheteur. Je charge Primus de s'en rendre acquéreur pour mon compte, mais en son nom personnel, mais sans que mon nom figure dans l'acte, comme si j'étais étranger à l'opération. Comment vais-je l'en charger? Il n'y a plus à parler d'un transport fictif de droits au prête-nom. Sans aucune simulation, je constituerai Primus mon mandataire chargé d'agir en son nom personnel. Lorsqu'il aura accompli sa mission, il y aura sans doute une simulation réalisée, mais non pas dans l'acte constitutif de mandat : elle sera dans l'acte de vente que lui consentira le tiers et où il figurera comme acheteur. Dans cette hypothèse il n'y a donc qu'une simulation ; il y en a deux au contraire dans le cas de prête-nom vendeur, donateur, prêteur, lorsque le prête-nom fictivement investi de la propriété, réalise ensuite la vente, la donation, le prêt (1).

1. Il se produit dans la pratique un autre genre de simulation dont c'est peut-être le lieu de dire un mot. Il arrive que des acquéreurs de biens prennent la qualité de mandataires de leurs vendeurs lorsqu'il s'agit de revendre le bien. Cette combinaison est exactement l'inverse de l'hypothèse du prête-nom vendeur. Elle a surtout pour but de frauder les droits du Trésor, on présente sous les dehors d'une seule mutation deux transmissions de propriété.

On peut observer, à propos de ces exemples, un phénomène intéressant. La simulation de personnes qui existe dans l'achat ou la vente accomplis par prête-nom n'est pas l'œuvre des parties à cet achat ou à cette vente. Primus est acheteur ou vendeur en apparence, mandataire en réalité ; mais il est acheteur ou vendeur en vertu d'une convention passée entre un tiers et lui ; il est mandataire en vertu d'une convention passée entre lui et l'acheteur ou vendeur réel. C'est ce qui nous faisait dire dans notre introduction que la simulation était *presque* toujours l'œuvre des parties à l'acte simulé.

39. — Il y aurait lieu, c'est la conclusion de tout ce qui précède, de substituer une définition nouvelle à celle que donnent les auteurs puisque celle-ci n'embrasse pas toute une catégorie importante d'hypothèses. On pourrait dire simplement que le prête-nom est un mandataire qui agit en son nom personnel et en déguisant sa qualité. Nous connaissons son mode de constitution.

40. — Cette définition le distingue nettement.

1° Du mandataire fictif, c'est-à-dire de la personne investie en apparence d'un mandat, dans le but de dissimuler le véritable mandataire (1). — Qui dit prête-nom, dit, par définition, individu destiné à masquer le véritable maître de l'affaire. Or ici le *dominus rei* est connu : le mandataire fictif se présente en son nom.

1. Un arrêt de la Cour d'Orléans (7 janv. 1842) en offre un remarquable exemple. — M. Dalloz qui le cite dans son répertoire, (v° Mandat n° 27) ne paraît pas avoir complètement évité la confusion entre ce cas et celui de prête-nom. — Cfr. Laurent, t. XXVIII, n° 78.

2° De l'acquéreur avec réserve de la faculté d'élire ou déclaration de command. Et d'abord il se peut qu'aucun mandat ne lie cet acquéreur avec celui qu'il s'est réservé de désigner ; il peut même ne désigner personne et garder l'opération à son compte. Lors même qu'il y a mandat, la faculté d'élire a dû être réservée dans le contrat même d'acquisition, ce qui suffit à différencier cet acquéreur du prête-nom acheteur, car cette réserve avertit les tiers que l'acquéreur peut ne pas agir pour son compte personnel. (1)

41. — A ne consulter que les principes de la théorie de la simulation, la combinaison dont nous parlons est licite. Elle l'est aussi, en thèse générale, d'après le Code civil. La loi définit, il est vrai, le mandat : « Un contrat par le quel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. » Mais il ne s'ensuit pas qu'elle ne reconnaisse pas le mandataire agissant en son nom personnel. (2)

L'ancien principe romain de la non représentation dans

1. La distinction est mal faite ou n'est pas faite du tout par quelques auteurs. Voir notamment Dalloz, Rép., v° Enregist. *passim*, et surtout v° Mandat, n° 28. — Cfr. Bonnier, Traité des preuves. II, n° 524.

2. Duranton, t. XVIII, n° 198 ; — Laurent t. XXVIII, n° 76. — Jurisprudence constante. V. not. Cass. 5 avril 1880. Sir. 81,1,31.—Cet arrêt décide cependant que la constitution d'un prête-nom faite en vue de préjudicier à un tiers est nulle. Nous ne saurions admettre cette opinion. Les tiers ont une protection dans la preuve : ils peuvent faire constater que le prête-nom est un mandataire, et déduire les conséquences juridiques de ce fait ; mais la nullité de ce mandat ne reposerait sur aucun principe de droit. Au fond, nous croirions assez volontiers que la Cour a employé une expression vicieuse qui rend mal sa pensée.

les actes juridiques a disparu. En principe, la personne du mandant ne s'efface pas derrière celle du mandataire, c'est une interprétation raisonnable de la volonté des parties ; mais il ne serait plus rationnel d'aller contre cette même volonté, lorsqu'elle s'est manifestée.

La convention de prête-nom sera donc valable partout où le mandat l'aurait été ; et les actes accomplis par le prête-nom, les actes qui sont l'objet de la simulation auront le même sort que s'ils avaient été accomplis par un mandataire.

L'application de ces principes offre un intérêt particulier s'il s'agit de libéralités par personnes interposées ou d'instances judiciaires.

42.— *Libéralités par personnes interposées.* — Deux cas ne font pas difficulté. La libéralité ainsi simulée faite à une personne incapable est nulle ou inexistante selon la nature de l'incapacité. Le legs fait par personne interposée à un tiers capable de recevoir doit au contraire être validé.

La donation par personne interposée à personnes capables est-elle également valable ? La doctrine et la jurisprudence semblent l'admettre ; et telle serait, en effet, la solution à donner si rien n'entravait l'application des règles générales de la simulation. Mais n'est-elle pas contraire à une disposition expresse de la loi ? La donation dont nous parlons est une donation dans laquelle figurent seuls le donateur et la personne interposée. Le véritable donataire ne figure pas dans l'acte, il n'y est pas même dénommé. Comment dès lors remplir

la condition exigée par l'art. 932, c'est-à-dire la condition d'acceptation, non seulement expresse, mais solennelle exigée par cet article pour l'existence même de la donation (1) ? Il est peut-être plus exact de reconnaître ici une nouvelle exception au principe de l'indifférence de la simulation à la validité ou à l'existence de l'acte réel.

43. — Pour ceux qui n'admettent pas cette solution, il reste cependant à se demander si la simulation n'a pas cette influence destructive dans un cas particulier, le cas de donation par personne interposée entre époux. Nous avons réservé une question analogue qui doit être résolue dans la même espèce, si l'on admet la validité des donations déguisées. La difficulté est née des termes de l'art. 1099 : « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. Toute donation ou déguisée ou par personnes interposées sera nulle. » Les discussions soulevées

1. On ne pourrait objecter ni les art. 911 et 1099 qui n'annulent la donation par personne interposée qu'en certains cas déterminés ; ni les art. 847 et 849 qui, semblant présumer une interposition de personnes, n'annulent pas la donation, mais dispensent du rapport le donataire supposé. L'argument des art. 911 et 1099 est le même que celui que nous avons examiné et réfuté dans la controverse relative aux donations déguisées. Quant aux art. 847 et 849, qui d'ailleurs comporteraient au besoin une explication analogue à celle que nous avons donnée dans cette même controverse de l'art. 918, il est reconnu aujourd'hui que leurs expressions sont le résultat d'une confusion commise par Tronchet et qu'en réalité le législateur voulait inutilement affirmer cette vérité banale qu'on ne doit rapporter que ce qu'on a reçu. En sorte que si le successible est dispensé du rapport ce n'est pas parce qu'il est présumé avoir reçu, mais au contraire parce qu'il ne lui a été fait aucune donation. Demol., *Successions*, t. IV, n° 186 et s. ; — Laurent, t. X, n° 359.

par ce texte ont été trop nombreuses et trop complètes, pour que l'on puisse espérer apporter des arguments nouveaux. Nous nous bornerons à un très rapide exposé des systèmes, à l'analyse d'une jurisprudence contradictoire, souvent, nous a-t-il semblé, mal comprise, et aux raisons principales qui déterminent notre opinion (1).

On a soutenu d'abord que l'art. 1099 ne déroge en rien aux principes généraux d'après lesquels les donations déguisées ou par personnes interposées sont soumises aux mêmes règles que les autres, c'est-à-dire simplement réductibles si elles excèdent la quotité disponible. La loi a employé un terme impropre, mais on ne peut pas plus en tirer argument qu'on ne le fait dans les articles 844 et 918 du C. civ., où le mot de rapport est employé pour désigner un cas de réduction. Il est faux de dire que le second paragraphe est inutile s'il ne fait que consacrer le droit commun. Le fût-il, le même reproche serait possible contre l'art. 911 du Code civil, où très certainement le législateur affirme une vérité incontestable : que les subterfuges sont vains pour échapper à une disposition légale. La vérité, c'est que dans l'un et l'autre texte, l'affirmation de cette vérité fournit une transition toute naturelle pour arriver aux dispositions légales qui établissent des présomptions d'interposition de personnes.

1. Pour connaître la controverse dans ses détails on consultera surtout outre les ouvrages généraux de droit et les études spéciales sur les donations ou la quotité disponible, les recueils périodiques de Sirey (1838-1841) et de Dalloz (1879, 2.249, note de M. Jules Janet), qui contiennent avec l'exposé des arguments fournis de part et d'autre, une indication très complète des sources.

On invoque enfin l'autorité de Favard disant au Corps Législatif : « Il fallait prévenir les donations indirectes entre époux, par personnes interposées, de la portion de biens qu'ils ne peuvent pas se donner. » (1)

Sans doute, dit un second système, ce sont ces donations qu'il faut prévenir, et l'on doit décider par conséquent que les donations excessives tombent seules sous l'application de l'art. 1099. Mais pour celles-là comment échapper aux expressions formelles du texte sans tomber dans l'arbitraire ?

Un très grand nombre d'auteurs ont estimé qu'il n'est pas moins arbitraire de distinguer entre les donations excessives et les autres, quand le texte ne distingue pas, que de lui faire dire « réductibles » quand il est dit « nulles. » La loi est formelle. « Dans cet article, dit M. J. Janet, il n'y a pas un mot obscur, pas d'expression ambiguë ; c'est un modèle de netteté et de précision. » Le législateur, pour frapper sûrement, a frappé toutes les donations, estimant à tort ou à raison que ce qui est régulier n'a pas besoin d'être dissimulé. Il est inadmissible qu'il ait édicté une disposition spéciale pour appliquer le droit commun, et l'appliquer en termes tout-à-fait inexacts.

Sur le caractère de la nullité, ce dernier système se fractionne en trois théories diverses. Pour les uns, cette nullité est établie dans l'intérêt des réservataires, qui seuls

1. Fenet. t. XII, p. 646.

peuvent la demander. Pour les autres, elle sert également de sanction à l'art. 1096 et doit assurer la révocabilité des donations entre époux : opinion inexplicable ainsi qu'on le verra plus loin. D'autres, enfin, voient là une mesure d'ordre public destinée à sauvegarder la dignité du mariage contre les abus d'influence : tout intéressé a donc le droit d'attaquer la donation.

La jurisprudence, avons-nous dit, est contradictoire.

Quelques tribunaux français et quelques décisions de la jurisprudence belge ont admis le système de la réductibilité (1).

Des arrêts plus nombreux en France, ont déclaré la donation nulle dans le cas seulement où elle excède la quotité disponible, et cette opinion se retrouve dans quelques décisions récentes (2).

La doctrine de la nullité dans tous les cas est celle de la Cour de cassation et de la plupart des Cours d'appel. Mais la confusion est grande lorsqu'il s'agit de déterminer le caractère de cette nullité. La Chambre civile de la Cour de cassation, les Cours d'appel de Rouen, de Montpellier ont semblé témoigner, dans des arrêts récents, d'une tendance à voir dans l'art. 1099 une disposition d'ordre public, protectrice de la dignité du ma-

1. V. not. Toulouse, 26 février 1861. Sir. 61. 2. 327 ; — Lyon, 18 nov. 1862, Sir. 63. 2. 51 ; — Grenoble, 21 mars 1870. Sir. 70. 2. 240 ; — Cass. belge, 29 déc. 1865. Pasicr. 66. 1. 241.

2. Toulouse, 23 fév. 1861. D. P. 61. 2. 58 ; — Montpellier, 4 déc. 1867. Sir. 68. 2. 256 ; — Bordeaux, 16 fév. 1874. Sir. 74. 2. 206 ; — Trib. Orange, 20 décembre 1881 et Nîmes, 27 nov. 1882. D. P. 83. 2. 224. — Cfr. Liège, 4 février 1865. Pasicr. 65. 2. 88.

riage (1). Une décision de la Cour de Dijon et le dernier arrêt rendu par la Chambre civile se prononcent assez nettement dans le sens d'une nullité établie au profit des seuls réservataires (2). Enfin la chambre des Requêtes, la Cour de Nîmes et celle de Lyon ont affirmé cette doctrine étrange que l'art. 1099, outre qu'il établirait une nullité au profit des réservataires, sanctionnerait l'art. 1096 : « le conjoint donateur, dit un arrêt, peut en vertu des art. 1096 et 1099 combinés, intenter une action pour prouver l'existence d'une libéralité déguisée et exercer ensuite la faculté de révoquer que lui attribue l'art. 1096. » (3)

Pour nous nous n'hésitons pas à voir dans l'art. 1099 la sanction seulement des règles de la réserve.

L'art. 1099 n'a aucun rapport avec l'art. 1096 ; les donations déguisées sont révocables comme les autres, mais c'est une application de l'art. 1096 seul. Il y a même une véritable contradiction à appliquer l'art. 1096 et l'art. 1099 simultanément comme on l'a fait en jurisprudence. On ne peut dire que l'art. 1099 servira à permettre de prouver le déguisement ; car la preuve de la simulation est de droit commun. Si l'art. 1099 pouvait être

1. Civ. 23 mai 1882. Sir. 83. 1. 72 ; — Rouen, 23 déc. 1871. Sir. 72. 2. 101 ; — Montpellier, 28 février 1876. Sir. 76. 2. 241 ; — Trib. Bourg. 12 fév. 1879. Sir. 81. 2. 38.

2. Dijon, 10 avril 1867. Sir. 68. 2. 11 ; — Cass. 22 juillet 1884. D. P. 85. 1. 164.

3. Req. 22 janv. 1873. D. P. 73. 1. 57 ; — Lyon, 14 mai 1888. Sir. 81. 2. 38. — Nîmes, 27 nov. 1882. D. P. 82. 2. 224. — Req. 25 juillet 1881. D. P. 82. 1. 177.

invoqué par le conjoint, ce serait pour faire prononcer la nullité de la donation, et de fait l'arrêt de la Cour de Lyon semble l'avoir ainsi entendu ; mais la Chambre des requêtes et cet arrêt lui-même contredisent cette opinion, en déclarant que l'époux donateur a le droit de révoquer la libéralité : si elle est révocable, elle n'est pas nulle. Et l'on ne concevrait pas d'ailleurs quel intérêt le donateur aurait à faire annuler une donation qu'il peut révoquer (1). En réalité l'art. 1099 est étranger au droit de révocation des donations entre époux et n'a pas été édicté en vue de l'époux donateur. Il suffit d'autre part de lire les travaux préparatoires pour voir que le législateur n'a pas entendu protéger la dignité du mariage autrement que par la révocabilité des donations entre époux. (2)

1. Les sommaires des arrêts dans les recueils qui les rapportent sont inexactement rédigés; en outre, l'arrêt de la chambre des requêtes du 25 juillet 1875 est accompagné d'une note aussi erronée que l'arrêt lui-même. Ce dernier vise un texte qui établit une nullité et repousse la nullité. L'annotateur admet cette nullité, après avoir posé des principes qui l'excluent « La théorie développée dans les arrêts rapportés ci-dessus peut, dit-il, se résumer ainsi : l'art. 1099 C. civ. contient deux dispositions ; l'une qui déclare réductibles les libéralités indirectes, et l'autre qui déclare nulles les libéralités déguisées faites entre époux. La réunion de ces deux dispositions dans le même article indique que ceux-là seuls ont qualité pour demander la nullité de la donation déguisée qui peuvent demander la réductibilité de la libéralité indirecte, c'est-à-dire les seuls réservataires et les personnes auxquelles la donation cause un préjudice, telles que l'époux donateur, parce que le déguisement de la libéralité aurait pour but de la soustraire à la révocabilité autorisée par l'art. 1096 C. civ., etc. »

Une double observation : Les arrêts ne donnent pas à l'époux le droit de demander la nullité de la donation: — En vertu de quel droit cet époux demanderait-il la réduction d'une libéralité indirecte ?

2. V. Favard. Discours au Corps législatif. Fenet, t. X, p. 645 *in fine* et 646.

L'art. 1099 sanctionne donc seulement les dispositions sur la réserve (1); ne s'ensuit-il pas que les donations excessives doivent seules être annulées ? Ce serait assez logique, mais le texte ne distingue pas, et bien que ces expressions ne lèvent pas tous les doutes, on doit, à raison même de ces doutes, rester dans sa lettre.

La simulation dans les personnes peut annuler ainsi une donation qui serait valable sans elle.

44. — *Prête-nom dans les instances judiciaires.* — Ici encore des difficultés se sont produites. Les principes voudraient que le prête-nom agissant en justice fût traité comme le mandataire. Or une jurisprudence constante enseigne que notre droit est régi aujourd'hui encore par l'ancienne règle : « Nul ne plaide en France par procureur, hormis le Roi » (2). On ne pourrait donc plaider par l'intermédiaire d'un mandataire, et il s'ensuivrait logiquement qu'on ne peut plaider par prête-nom. C'est en effet ce qu'avaient décidé plusieurs Cours d'appel. Mais la majorité d'entre elles se prononce en faveur de la recevabilité de l'action suivie par un prête-nom et telle est la doctrine de la Cour de cassation (3).

1. M. Laurent refuse comme nous de voir dans l'art. 1099 une sanction de l'art. 1096.

2. Cass. 24 nov. 1875. D. P. 76.1.115 ; — Cass. 17 fév. 1884. D. P. 4. 1. 396.

3. On trouvera la jurisprudence rapportée dans un article de M. Naquet. Revue critique, 1875, p. 638 et s.—*Adde*, Cass. 26 av. 1876. Sir. 77. 1. 52.

Il y a une véritable inconséquence à permettre ainsi de faire indirectement ce qu'il n'est pas permis de faire directement. La solution n'en est pas moins exacte au fond, car nous pensons qu'un mandataire pourrait, lui aussi, plaider valablement en justice. Nous pensons que la maxime : « Nul ne plaide en France par procureur » est aujourd'hui abrogée. Elle apportait une restriction à la liberté des parties. Toute restriction à cette liberté suppose un texte qui la consacre ou une nécessité qui la commande. Le texte n'existe pas. On a, il est vrai, invoqué les lois qui, sous les divers régimes monarchiques postérieurs à la rédaction du code, ont déterminé quel serait le représentant du souverain. Mais cette désignation s'explique et s'impose même dans l'hypothèse où la loi reconnaîtrait à tous la faculté de se faire représenter en justice. Pas plus qu'elle n'est édictée par une loi, cette règle ne répond aux nécessités de la pratique judiciaire. Ces nécessités exigent la disparition d'une règle devenue trop gênante, notamment pour les associations dépourvues du caractère de personnes morales. Nous n'en voudrions pour preuve que les hésitations de la jurisprudence et les compromis auxquels elle a accédé. Elle a écarté chaque fois que la chose ne lui a pas paru absolument impossible l'application de cette règle. Elle l'a déclarée inapplicable au droit maritime (1). Elle a concédé qu'elle ne pouvait s'appliquer ni au mandat

1. Rennes, 26 mars 1849. D. P. 51.2.154.

légal, ni au mandat judiciaire (2). Elle a admis le prête-nom, en excluant le mandataire. Et enfin elle a posé en principe que cette maxime n'est point d'ordre public (4) que l'on peut par conséquent renoncer, même d'avance, à s'en prévaloir. Ce principe conduit directement à l'abrogation de fait d'une règle qui n'a plus sa raison d'être. Mieux eût valu sans doute décider que puisqu'elle ne répond à aucun besoin et n'est écrite nulle part, elle n'a que la valeur d'un souvenir historique.

## § IV.

### *Fausse date dans les testaments.*

45. — Un testament est écrit, daté, signé de la main du testateur ; mais celui-ci en a *sciemment* (c'est la condition de toute simulation), simulé la date.

Le testament est nul selon nous par cette seule raison qu'il y a simulation dans sa date. C'est une nouvelle dérogation aux principes posés en tête de ce chapitre.

Mais il y a sur ce point une controverse qui nous oblige à préciser les motifs et la portée de cette solution.

46. — Qu'est-ce qu'une fausse date? Une date peut être fausse dans un sens très large et peu juridique en qua-

3. Cass., 17 février 1884. D. P. 84.1.396.

4. Arrêt cité à la note précédente et Cass. 24 nov. 1875. Sir. 76. 1.166.

tre hypothèses. On conçoit d'abord qu'un testateur inscrive une date qui est antérieure ou postérieure à celle du jour où il fait cette mention : c'est l'antidate ou la postdate proprement dite. On conçoit aussi qu'une personne inscrive en tête de son testament une date et quelques-unes de ses dispositions, puis, à une époque ultérieure, le complète sans en modifier la date. Et enfin un testateur peut, à un moment donné, écrire ses dernières volontés et plus tard, y ajouter une date.

Au sens *juridique* du mot la date est fausse dans les trois premières hypothèses et vraie dans la quatrième. Point de difficultés pour l'antidate et la postdate proprement dites. Pour les deux autres cas un même principe justifie les deux solutions contraires que nous donnons : La loi en exigeant une date n'a pas eu, ne peut pas avoir eu pour but d'ajouter une formalité inutile à celles dont elle avait déjà entouré le testament olographe. Elle a donc voulu, cela est d'évidence, que cette date eût en sens, et elle ne peut en avoir un que si elle indique exactement le jour où le testateur dispose. Pourquoi cette exigence de la loi ? Pour permettre sans doute de vérifier plus facilement la capacité du testateur. Mais ce qui est certain, c'est qu'elle a voulu une date exacte. Donc, si le testateur écrit aujourd'hui la date et un peu plus tard ses dispositions ou une partie de ses dispositions, le vœu de la loi n'est pas rempli ; la date est fausse, car elle n'indique pas le moment où le testateur a disposé de tout ou partie de sa fortune. Au contraire,

si le testateur ayant déjà consigné dans un écrit ses dernières volontés, inscrit postérieurement une date sur cet écrit, l'art. 970 c, civ. est respecté. En effet, le testament n'existe que du jour où la date est mise, puisque, s'il n'est pas daté, il est sans valeur légale ; donc, c'est le jour où il met la date, que le testateur dispose ; jusque là il avait fait un projet, il n'avait pas fait un testament.

47. — Aussi n'est-il contesté par personne que la date soit régulière dans cette dernière hypothèse.

On semble d'accord dans la doctrine et la jurisprudence française, pour admettre au contraire la nullité du testament dans les trois autres cas, et particulièrement dans le cas d'antidate proprement dite (1). — Mais, dans ces mêmes hypothèses, la jurisprudence belge se prononce nettement en faveur de la validité du testament. C'est elle qu'affirme notamment un arrêt de de la Cour de cassation de Bruxelles, en date du 26 mars 1875, rendu sur les conclusions conformes de M. le procureur général Faider (2). L'argument principal de ce magistrat est assez spécieux pour mériter l'atten-

1. Aix, 9 janv. 1884. D. P. 85. 2. 115 (motifs); — Montpellier, 21 fév. 1885. Loi 20 juillet 1885.—Cass. 11 janv. et 21 juillet 1886. Sir. 86. 1. 337 et 412.

Il existe dans les recueils un certain nombre d'arrêts que l'on classe sous la rubrique *fausse date* ; mais ils se réfèrent à la date inexacte, qui n'est pas une date simulée et n'entraîne pas nécessairement la nullité du testament. La distinction n'est pas en général faite avec assez de précision.

2. Sir. 76, 2. 51.

tion. La volonté humaine, dit-il en substance, est libre. Donc, *a priori*, le testateur, véritable législateur domestique, doit pouvoir inscrire en tête de ses dispositions telle date qu'il lui plaira. Pour lui enlever cette faculté, il faut prouver que le testament est un acte indivisible qui doit être écrit, daté, signé sans désemparer. Or personne n'admet cette indivisibilité. « Personne, en définitive, ne conteste la postdate », et la liberté de l'antidate est elle-même admise dans une large mesure « puisqu'on repousse la preuve externe, l'enquête, la démonstration *ex aliunde*. Pour être logique, le système du demandeur (c'est celui de la jurisprudence française), devrait proscrire l'antidate d'une manière absolue ; la considérant comme frauduleuse, comme une violation de la loi, elle doit être poursuivie par toutes les vérifications légales, comme par la preuve tirée physiquement de l'instrument même, car nous ne voyons pas pourquoi on refuse à un héritier, certain de réussir, la faculté de prouver par témoins une antidate infectée de ce qu'on qualifie de *mensonge*, *d'immoralité*, et de *fraude à la loi* ».

48. — Ce raisonnement ne semble pas exact. Il contient deux parties.

Dans la première, les conséquences sont bien déduites, mais le principe est faux, puisqu'il méconnaît l'existence de l'art. 970 c. civ. — Ce texte exige, non pas que le testament soit écrit, signé, daté sans désemparer, car, quoiqu'on en dise, il n'est pas nécessaire de pousser

jusque là les exigences pour que la fausse date soit une cause de nullité ; mais ce texte exige que le testateur indique le jour où il dispose, ou il n'a aucun sens. »

Dans la seconde partie de son raisonnement, l'éminent magistrat accuse notre système d'inconséquence.

« Personne, dit-il, d'abord, ne conteste la postdate ». Il y a là une erreur certaine. Veut-il parler de la postdate proprement dite ? Mais nous avons déjà dit, et cela nous semble incontestable, qu'elle doit être proscrite au même titre que l'antidate (1). — Fait-il allusion à la possibilité de dater son testament, postérieurement au jour de sa rédaction ? Mais il n'y a pas alors postdate ; la date est exacte, car c'est au jour où il met la date que le testateur dispose.

On reconnaît, ajoute-t-il, la validité de l'antidate dans une certaine mesure, puisqu'on n'admet sa preuve qu'au moyen d'éléments tirés *ex visceribus testamenti, ex ipsomet testamento*. — Le reproche est assurément très grave, et il atteint directement la jurisprudence française, mais il ne nous atteint pas, car nous démontrerons plus loin qu'elle se trompe sur ce point et que toute preuve doit être admise, quand il s'agit de prouver la fausseté de la date dans un testament.

---

49. — En résumé, et pour condenser en quelques lignes toutes les solutions données, nous sommes dans ce chapitre arrivés aux résultats suivants :

1. Cfr. Laurent, XIII, nº 204.

1° L'acte simulé ou apparent est inexistant.

2° L'acte dissimulé a le même sort et la même valeur que s'il eût été fait ostensiblement. Par exception sont annulés par une suite directe ou indirecte de la simulation :

*a*) La contre-lettre dans les cessions d'office.

*b*) La donation par personne interposée. — Dans le système qui admet sa validité ainsi que celle de la donation déguisée, on se demande si l'une et l'autre sont nulles dans le cas spécial où elles sont faites entre époux et il faut admettre l'affirmative.

*c*) Le testament dont la date est simulée.

En un seul cas la simulation donne vie à un acte inexistant par lui-même, c'est le cas de cession d'office, car tandis qu'elle fait annuler la contre-lettre, les parties sont obligées d'exécuter le contrat appparent qui, n'étant pas l'expression de leur volonté, ne devrait pas les lier.

---

50. — Nous ajouterons à ce chapitre une courte observation, qui n'a pu trouver place dans l'enchaînement de nos explications et qui formera une sorte d'appendice.

Il est certains actes qui ne peuvent être simulés. On ne conçoit pas que les parties feignent leur accomplissement sans se lier elles-mêmes : de ce nombre sont le mariage et le divorce. Les parties qui ont, par exemple, accompli toutes les formalités voulues pour se marier, qui ont exprimé leur consentement, qui ont été unies par l'officier

de l'état-civil ne peuvent prétendre que dans leur pensée cet acte n'était pas sérieux, et n'avait pour but que de faire croire à une situation qu'elles n'avaient pas voulu établir entre elles. La question a été examinée à propos de certains mariages contractés sous la première République pour éviter le service militaire. On semble d'accord en doctrine pour adopter la solution que nous avons donnée. La jurisprudence n'a pas expressément prononcé sur la question (1).

Pourra-t-on du moins prouver que le mariage n'a été conclu que pour éviter certaines conséquences légales, et par exemple valider certains actes? Ainsi la loi annule les donations faites au médecin par le malade dans sa dernière maladie; la doctrine et la jurisprudence n'appliquent pas cette incapacité à une donation faite par la femme malade à son mari médecin qui la soigne. Si donc un médecin se marie avec sa malade durant la dernière maladie de cette dernière et en reçoit une libéralité, pourra-t-on être admis à prouver que le mariage n'a été conclu qu'en vue de valider la libéralité ? L'affirmative est généralement admise (2). Il nous semble cependant que c'est là conférer aux tribunaux un grave pouvoir d'appréciation. En réalité la question est fort délicate et peut-être est-il plus juridique de prendre de tels actes, dont les mobiles peuvent être si divers, pour ce qu'ils sont en

1. Voir Lyon, 10 avril 1856. Sir. 56, 2, 706.
2. Voir la doctrine et la jurisp. rapportées dans Martin, p. 168 et s.

apparence, des actes sincères ; la preuve absolue de la fraude ne sera jamais rapportée, et pourrait-on raisonnablement se contenter en pareil cas de simples présomptions ? Les parties étant liées elles-mêmes, pourquoi les tiers ne le seraient-ils pas ? Il n'y a pas à parler ici de contre-lettre non opposable aux tiers : l'acte est réel ; l'action paulienne d'autre part ne paraît pas applicable à un acte comme le mariage.

## CHAPITRE II

### QUAND ET PENDANT COMBIEN DE TEMPS LA PREUVE DE LA SIMULATION EST-ELLE ADMISSIBLE ?

51. — Nous venons de voir quelles sont les conséquences de la preuve de la simulation. Celui qui, ayant les moyens de faire cette preuve, pourrait compter atteindre ces résultats, a-t-il toujours le droit de mettre en œuvre ces moyens ?

Il n'en aura d'abord certainement pas le droit s'il y a une prescription de l'action en déclaration de simulation, et si l'action est prescrite. La question de l'existence de cette prescription donnera à ce chapitre un sérieux intérêt.

52. — En dehors de lui, on n'en concevrait guère d'autre si nous devions rester sous l'empire du droit commun. Ordinairement ce qui intéresse une personne, c'est d'avoir les moyens d'arriver au résultat désiré ; la loi ne met pas d'obstacle à l'usage de ces moyens. Mais ce qui fait le principal intérêt de la question que nous étudions, c'est précisément la dérogation que la loi apporte au droit commun en matière de simulation ; il est des cas où la

preuve serait possible, et où la loi la déclare inadmissible. Ce sont ces cas que nous allons rechercher d'abord et comme c'est toujours d'après la qualité des parties en présence que la loi règle l'admissibilité de la preuve de la simulation, notre première question revient à celle-ci : A qui et contre qui est-il permis de prouver la simulation ? Nous étudierons ensuite la question de prescription.

**A qui et contre qui est-il permis de prouver la simulation ?**

SECTION I

53. — Il faut faire une distinction dont la portée exacte sera déterminée au cours de nos explications : la distinction des parties et des tiers à la simulation.

Et nous établirons ainsi cette distinction :

Sont parties à l'acte au point de vue qui nous occupe : les personnes qui sont convenues de la simulation, leurs héritiers ou successeurs à titre universel, leurs mandants.

Les tiers sont toutes autres personnes. Parmi eux, il faut signaler tout spécialement deux catégories : les acquéreurs à titre particulier, les créanciers chirographaires.

Ces définitions sont admises par la doctrine et la jurisprudence (1) pour le cas où une partie veut prouver

1. Nous ne connaissons de contraire que M. de Charencey, Encycl. du droit. V° Contre-lettre, n°s 35-37 ; — un arrêt de la cour de Grenoble du 30 nov. 1829 (Dall., Rép., v° Obligations, n° 3204, où la date est

la simulation contre un tiers. Nous essaierons d'établir qu'il faut les généraliser, et nous n'hésitons pas à les placer en tête de ce chapitre, sauf à les justifier complètement plus tard.

54. — Une seconde distinction s'impose également. Le conflit peut, en effet, s'élever entre les parties, entre une partie et un tiers, entre deux tiers à l'acte. Et chaque hypothèse a ses règles spéciales qu'il faut étudier successivement.

### § I. — *Le conflit s'élève entre les parties.*

55. — On peut ramener à trois les cas où ce conflit peut se réaliser.

Tantôt la preuve de la simulation aura pour but de permettre le rétablissement de l'acte réel des parties parce que cet acte réel a des conséquences juridiques différentes des conséquences de l'acte apparent. Primus a fait à Secundus un dépôt sous la forme d'une vente ; il réclame l'objet déposé et Secundus s'en prétend acquéreur. Il a fait une vente dont le prix apparent est inférieur au prix réel ; quand il réclame le prix, Secun-

inexactement indiquée) — et un arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 1870. D. P. 71, 1, 109 dont nous reparlerons.—Cfr. Demol.,Contrats, t. VI, nos 334 et s. ; — Laurent, t. XIX, no 188 ; — Bonnier, Tr. des preuves, t. II, nos 516 et suiv. ; — Caen, 17 mai 1873. S. 74, 2, 46 ; — Cass., 18 août 1874. Sir., 75, 1, 255 ; — Caen, 29 juin 1881. D. P. 83, 1, 106.

dus demande à s'en tenir aux termes de l'*instrumentum*. Même question, mais inverse, si le prix porté à l'acte est supérieur au véritable prix.

Tantôt cette preuve aura pour but de faire rétablir l'acte réel, parce que cet acte a un vice qui l'entache de nullité ou s'oppose à son existence juridique. C'est le cas où les parties ont dissimulé la cause illicite du contrat sous une cause honnête et avouable. C'est aussi le cas où le contrat, se plaçant en apparence à une date où les parties étaient capables, l'une d'elles oppose son incapacité à la date réelle de la convention.

Tantôt enfin cette preuve aura pour but d'établir que les parties n'ont en rien modifié leur situation respective. Primus, dans l'intention, par exemple, de frauder ses créanciers, a vendu fictivement ses biens à Secundus, qui s'en prétend acquéreur lorsque Primus vient les lui réclamer.

56. — Dans toutes ces hypothèses, l'une quelconque des parties a certainement le droit de prouver la simulation. Elles n'ont jamais eu l'intention d'attacher une valeur quelconque à leur convention apparente. Entre elles il faut appliquer l'art. 1134 : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » et l'art. 1321 *a contrario* qui est absolument décisif (1).

1. En ce sens tous les auteurs et presque tous les arrêts. V. Aix, 25 janv. 1871. D. P., 71. 2. 53; — Cass., 30 juin 1879. D. P., 79, 1, 413. — Rete-

On a voulu parfois déroger à cette règle lorsque la simulation avait pour but de frauder la loi ou les tiers, et cela par application de la maxime : *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. (1) — A ce système on pouvait répondre deux choses : la règle citée n'a été reproduite dans aucun texte du Code civil, et d'ailleurs l'art. 1131 écarterait son application à l'espèce : l'obligation sans cause (et c'est le cas dans tout acte fictif) ne peut produire absolument aucun effet.

57. — On a vu au début même de cette thèse que la simulation peut être réalisée au moyen de jugements d'expédient que les parties proposent aux Tribunaux, ou que le défendeur laisse prendre en ne se défendant pas. Les parties peuvent ainsi arriver à faire constater judiciairement un fait qui n'est pas : une obligation, un paiement, etc. Si le jugement n'est pas en dernier ressort, il est évident que la partie ainsi condamnée peut

nons à ce sujet l'inexactitude des sommaires que contiennent les recueils.

La table du Recueil de Sirey (1791-1850), v° Simulation, indique aux n°s 12, 13, 29, comme repoussant la preuve de la simulation par l'une des parties des arrêts qui se réfèrent simplement à l'admissibilité de la preuve testimoniale.

Même inexactitude dans une note insérée au Recueil de Dalloz sous un arrêt d'Aix du 25 janv. 1871 (D. P., 71, 1. 52), où l'on renvoie a des arrêts cités dans les n°s 1033, 3111 et 3116 du Répertoire ; plusieurs de ces arrêts ne contiennent pas la doctrine indiquée par l'arrêtiste.

Il y a cependant quelques décisions contraires à notre système : v. not. Paris, 29 av. 1809 ; — Cass., 5 déc. 1826 ; — Chambéry, 6 mai 1861. Sir., 61, 2, 563 ; — Bruxelles, 24 juillet 1863. Pasicr., 63, 2, 308.

1. V. Martin, p. 178.

faire appel et prouver l'inanité des prétentions auxquelles elle n'a pas d'abord résisté. Mais hors ce cas, peut-elle prouver la simulation ? (1) M. Martin le dit, mais détruit lui-même son opinion en n'admettant que les voies de recours ordinaires. Il cite aussi en sa faveur mais à tort deux arrêts l'un de la Chambre des requêtes du 28 mars 1811, l'autre de la Cour de Bourges du 2 juin 1831. En réalité, il nous semble qne l'autorité de la chose jugée s'oppose à toute preuve de la simulation ; c'est à la partie qui ne veut pas être liée à ne pas se laisser condamner. Qu'on ne se méprenne pas toutefois sur notre solution : si l'obligation ou le fait affirmé par le jugement est, pour des raisons que le Tribunal n'a pas connues, entaché d'un vice, s'il est contraire à l'ordre public par exemple, une action nouvelle pourra être intentée de ce chef. Le moyen n'ayant pas été soulevé devant le Tribunal, il n'y a pas chose jugée sur ce point. Ainsi un débiteur qui a été condamné à payer une somme à un créancier peut prouver ultérieurement que l'obligation était contractée à un taux usuraire. (2) C'est sur une espèce de ce genre qu'avait statué la cour de Bourges. Mais on saisit la différence essentielle qu'il y a entre cette preuve et celle de l'inexistence du fait affirmé par le jugement, de l'obligation.

1. La question ne se pose que pour les parties ; les tiers sont étrangers au jugement. — On remarquera d'ailleurs que dans notre hypothèse la preuve qu'il y a eu mal jugé ne serait pas à proprement parler une preuve de la simulation du jugement ; le jugement est très-réel, mais il énonce, à l'insu du juge, des faits faux.

2. V. cep. Cass. 18 avril 1841 et 8 mars 1847. Sir. 41. 1. 637 et 47. 1. 470. — Cfr. Cass. 27 mai 1840. Sir. 40. 1. 620.

58. — Sauf ce cas, entre les parties, la réalité doit l'emporter sur l'apparence. Il est à cette règle une exception qui nous est connue : dans les cessions d'office la contre-lettre est nulle et la convention simulée, seule agréée du gouvernement, reçoit son exécution entre les parties.

59. — Rappelons en terminant que par parties on entend non seulement les auteurs de la simulation, mais leurs ayants-cause à titre universel et leurs mandants. Ces personnes, en droit, ne se distinguent pas de leurs auteurs ou mandataires. Elles ne sont pas seulement censées avoir été représentées ; elles sont censées avoir fait elles-mêmes ce qui a été fait par leur auteur ou mandataire (1).

## § II.

### *Le conflit s'élève entre une partie et un tiers.*

60. — Les règles diffèrent selon que c'est le tiers ou la partie qui demande à établir la simulation. C'est même dans la différence de ces règles que réside une grande part de l'intérêt de ce chapitre.

61. — *Première hypothèse.* — Supposons d'abord que

1. Pour les héritiers il y a une raison de plus. Leur auteur étant décédé, ils trouveront dans ses papiers les contre-lettres qu'il a pu se ménager pour prouver la simulation ; ils ont donc moins besoin de la preuve testimoniale.

l'acte présenté par les parties est argué de simulation par un tiers.

Ce tiers a le droit de prouver la simulation ; on ne saurait le traiter plus mal qu'une partie agissant contre une autre partie.

Ainsi posée et résolue en ces termes vagues la question ne souffre pas de difficulté. Elle devient très délicate s'il s'agit de préciser la nature du droit du tiers et de déterminer les personnes qui, ayant un droit de cette nature, méritent la qualification de tiers.

Nous disons, nous, que ce droit est un droit personnel, que le tiers puise dans son seul intérêt, et qui lui appartient à raison de sa qualité de tiers.

L'importance de cette proposition apparaîtra clairement si l'on se rappelle que nous rangeons parmi les tiers les créanciers chirographaires et généralement les ayants-cause à titre particulier. Et de fait ce sont les seules personnes, autres que les parties, qui aient intérêt à prouver la simulation ; on ne saisit pas cet intérêt chez les *penitus extranei*. Ces personnes ont ordinairement une double qualité : elles sont ayants-cause lorsqu'elles invoquent un droit de leur auteur : c'est l'hypothèse de l'art. 1166 du Code civil ; elles sont tiers si elles se prévalent d'un droit personnel : c'est, par exemple, l'hypothèse de l'art. 1167. Nous affirmons que lorsqu'il s'agit d'établir une simulation, elles ont un droit personnel, elles sont des tiers. L'intérêt capital de cette solution est, il est vrai, relatif à la possibilité d'user de certains

moyens de preuve, de la preuve testimoniale notamment, et l'on trouvera au chapitre des preuves un écho des solutions que nous donnons ici. Il nous a semblé impossible cependant de renvoyer à cette partie de notre travail, — d'ailleurs surchargée de controverses — l'examen de la question, et de ne pas établir nettement la distinction des parties et des tiers, dans un chapitre divisé selon cette distinction même.

61 *bis*. — Les solutions données jusqu'ici à la question qui nous occupe sont rares ; nous n'en avons trouvé que deux.

Nous citerons d'abord, comme très simple et très radicale, une théorie nouvelle récemment formulée dans un arrêt de la Cour de Gand. Il s'agissait dans l'espèce soumise à la Cour d'un fonds amodié par un bail ayant date certaine et vendu ensuite à un sieur de T... Ce dernier demandant à prouver que le bail était fictif, et il offrait d'administrer par témoins la preuve de la simulation. La Cour de Gand rejette sa prétention par les motifs suivants : « Attendu que les appelants ne sont point des parties contractantes, qu'ils ne possèdent ni titre, ni droit pour agir en cette qualité, et que d'ailleurs, ils ont déclaré eux-mêmes qu'ils n'ont jamais entendu attaquer le bail vanté ci-dessus, en vertu de l'art. 1116 C. civ. ; — Attendu que le seul titre qu'ils puissent invoquer à l'appui de leur action est celui d'acquéreurs, que comme tels, ils sont les ayants-cause des parties contractantes, et qu'en cette qualité, ils n'ont pas d'autres droits que

leurs auteurs ; — Attendu que les parties contractantes ne sont pas admises en règle générale à prouver la simulation par témoins, comme le demandent les appelants, et qu'elles ne le peuvent que lorsqu'elles ont un commencement de preuve par écrit, ou lorsqu'elles peuvent invoquer en leur faveur l'art. 1348 du C. civ. c'est-à-dire lorsque la simulation n'a été consentie que sous l'empire du dol ou de la violence... (1).

62. — Cette théorie, avons-nous dit, est nouvelle ; cette obligation dans tous les cas pour l'ayant-cause d'emprunter les droits de son auteur n'était pas reconnue par la doctrine courante. Celle-ci est bien résumée par

1. Gand, 17 janvier 1883. D. P. 84. 2. 92. Cet arrêt contient très certainement, en dehors même de la doctrine principale qui y est énoncée, une inexactitude. Il affirme que pour pouvoir invoquer l'art. 1348, il faut alléguer le dol ou la violence. Cette idée n'est admise par personne ; il suffit qu'il y ait eu pour le demandeur impossibilité morale de se procurer une preuve écrite.

La date même de cet arrêt fait qu'il n'est encore cité dans aucun ouvrage de doctrine. Mais M. Martin a prêté à M. Guillouard, professeur à la Faculté de Caen, une théorie analogue à celle de l'arrêt. En réalité, il n'en est rien ; le travail cité ne contient pas cette doctrine ; la pensée de l'auteur est très difficile à saisir, car tantôt il semble faire allusion à la preuve de la simulation, tantôt il traite du droit d'attaquer l'acte réel comme frauduleux. Et c'est à la confusion de ces deux idées qu'il faut sans doute attribuer les contradictions de l'auteur dans les solutions qu'il donne. C'est ainsi qu'ayant commencé à parler d'une simulation frauduleuse, dissimulant aux créanciers « une convention qui, si elle était connue et loyalement exécutée, sauvegarderait les droits de tous », il accorde aux créanciers le droit d'invoquer l'art. 1166 pour la faire exécuter si elle ne l'a pas été, et l'action Paulienne si elle l'a été. Ces deux idées sont contradictoires. Le créancier est lésé ou ne l'est pas ; s'il l'est, il n'invoquera pas l'art. 1166 ; s'il ne l'est pas, il n'a pas le droit d'intenter l'action Paulienne (Guillouard, de l'action Paulienne. Thèse de doctorat, p. 149).

M. Larombière, qui d'ailleurs l'approuve. Les créanciers prétendent-ils que la simulation a été consommée dans une intention frauduleuse? Ils agissent en leur nom personnel. Que s'ils ne produisent aucune allégation de fraude « ils ne font qu'exercer les droits et actions de leur débiteur (art. 1166). Ils ne peuvent donc les exercer que comme pourrait le faire le débiteur lui-même, dans les mêmes délais, par les mêmes moyens, avec les mêmes éléments de preuve, tandis qu'exerçant un droit personnel et agissant en leur nom propre, ils peuvent prouver par tous les moyens possibles, par témoignages et par simples présomptions » (1).

Il est essentiel de se fixer sur la portée exacte de ce système. Le créancier, pour agir en son nom personnel, doit, dit-on, alléguer une simulation frauduleuse ; or, un acte n'est frauduleux au regard d'une personne que s'il a été accompli en vue précisément de faire fraude à ses droits. Mais on remarquera que le débiteur, ayant simulé un acte en vue de frauder des droits autres que ceux du demandeur, ou même sans intention frauduleuse, peut concevoir, lorsque ce demandeur se présente, l'idée d'utiliser la fraude contre lui, ou de lui opposer un acte dont la simulation n'avait pas été frauduleuse. En d'autres termes, la fraude peut être concomitante à la simulation ; c'est le cas de simulation frauduleuse. Mais elle peut être aussi postérieure. Or, l'ayant-cause ne peut

1. Larombière. Théorie et pratique des obligations. Art. 1167, n. 63. — Martin, p. 185.

être un tiers, pour M. Larombière, que dans le premier cas, et il y a des hypothèses où le créancier et le débiteur ayant des intérêts différents, le premier aurait avantage à pouvoir séparer sa cause de celle de son auteur, et ne le peut pas. A plus forte raison, si le débiteur ne refuse pas de s'associer au créancier pour la preuve de simulation non frauduleuse, mais s'il a omis de se réserver ou a perdu les preuves écrites qui lui sont nécessaires, à lui qui est partie à l'acte, le créancier ne pourra-t-il comme tiers prouver par tous moyens la simulation.

63. — Du système de la Cour de Gand, nous n'avons rien de spécial à dire. Il est peut-être même dangereux d'y voir un système : la Cour, statuant sur une espèce, a émis des principes qui la dépassent, mais qui, peut-être aussi, ont dépassé sa pensée fixée plus précisément sur l'espèce litigieuse. D'ailleurs, cette théorie se trouvera réfutée en même temps que nous réfuterons celle de M. Larombière, moins absolue qu'elle, mais identique pour les cas de simulation non frauduleuse.

64. — Cette théorie de M. Larombière, qui reflète assez exactement la doctrine courante, s'il existe un corps de doctrine sur notre matière, ne nous paraît pas conforme aux véritables principes. On y retrouve cette idée, dont l'erreur a été démontrée, qu'il y a une action spéciale contre la simulation frauduleuse, action en nullité pour fraude ouverte à la victime de la fraude ; en tout autre cas, la partie aurait bien le droit de détruire l'apparence, mais elle seule, et on ne pourrait

jamais obtenir ce résultat qu'en lui empruntant ses droits. Encore ne trouve-t-on pas partout la précision relative de M. Larombière sur ce point.

Il serait inutile d'insister à présent sur l'erreur de cette distinction ; nous avons démontré qu'il n'y a pas de différence utile à faire entre les cas de simulation frauduleuse et non-frauduleuse, quant à la valeur de l'acte apparent.

Et si l'on se rappelle que dans tous les cas nous avons dû reconnaître l'inexistence de l'acte simulé, la solution de la question que nous examinons sera facile à dégager. Il est en effet reconnu en droit qu'un acte inexistant ne saurait s'imposer à personne, et que quiconque a intérêt à l'écarter tient de la loi et de son intérêt le droit personnel de le faire disparaître. L'ayant-cause à titre particulier, le créancier chirographaire, n'ont donc en rien besoin d'emprunter les droits de leur auteur ou débiteur pour intenter l'action en déclaration de simulation.

On ne se méprendra pas sur la portée de ce principe. Le tiers aura le droit de prouver en son nom personnel l'inexistence de l'acte apparent ; mais il n'est ici question que de la preuve de simulation. S'il s'agit, après avoir établi la simulation, de reconstituer l'acte réel, d'en invoquer le bénéfice, d'en contester la validité, le créancier invoque pour cela l'article 1166, il se présente au nom de son débiteur, et ne peut user que des moyens que ce dernier a lui-même à sa disposition. Mais c'est là une

preuve distincte de celle que nous étudions ; il n'en est pas question dans le cas de simulation absolue ; dans le cas de simulation relative, elle ne sera pas toujours nécessaire. Que l'on suppose, par exemple, qu'un détenteur d'un fonds s'en prétende acquéreur ; je puis lui démontrer qu'il n'a pas été en mesure d'acquérir, et je veux savoir à quel titre il est sur le fonds. Je n'aurai besoin que d'établir qu'il n'est pas acquéreur, car, sous peine de reconnaître qu'il détient indûment, il devra me faire connaître son titre. — Dans tous les cas, nous le répétons, c'est uniquement de cette preuve de la simulation que nous nous occupons.

Si l'on eût restreint son examen à l'acte simulé on n'eût pas fait intervenir ici l'art. 1166. Comment pourrait-il être question de l'exercice des droits du débiteur, alors que le créancier veut prévenir le préjudice personnel que pourrait lui occasionner le mensonge de ce débiteur ?

N'a-t-on pas d'autre part oublié que si la doctrine a négligé la question qui nous occupe, elle a définitivement résolu la question inverse et fixé quant à cette dernière le sens du mot tiers. Nous recherchons quels sont les tiers, c'est-à-dre les personnes qui ont le droit de prouver la simulation en leur nom personnel et par tous moyens ; sur l'art. 1321, la doctrine a eu à se demander quels étaient les tiers, c'est-à-dire ceux contre qui on ne pourrait prouver la simulation. Il est évident que le sens donné au mot tiers sur la seconde question doit lui être

conservé pour la première ; le sens ne peut changer selon que la partie est sur la défensive ou prend l'offensive. D'autant plus que dans les deux cas la question est la même : qui a droit à une protection contre la simulation ? Et avec un grand sens la doctrine et la jurisprudence ont répondu, ainsi que nous le verrons : ceux-là même qui sont ou peuvent être menacés, c'est-à-dire, entre tous, les créanciers chirographaires et les ayant-cause à titre particulier. La question est donc résolue ; le sens du mot tiers est fixé (1). On avait voulu là aussi introduire la distinction que fait ici M. Larombière entre le cas où le créancier agit en son nom et les cas où il exerce les droits de son débiteur ; mais elle a été unanimement rejetée, on le verra plus loin. On eût sans doute peine à concevoir un créancier agissant au nom de son débiteur et se défendant contre lui tout à la fois.

65. — Concluons donc que toute personne autre que les héritiers ou successeurs universels et les mandants des auteurs de la simulation a un droit personnel d'établir la simulation ; que les créanciers chirographaires et les ayants-cause à titre particulier sont des tiers, et que leur action est basée sur leur intérêt, rien que sur leur intérêt.

66. — Ces idées ont de graves conséquences :

1° Les ayants-cause à titre particulier et les créanciers

1. Nous retrouverions un argument du même genre dans l'art. 1328 ; mais le sens du mot tiers dans ce dernier texte est trop contesté pour le faire intervenir ici.

chirographaires peuvent prouver la simulation par tous moyens.

2° L'action étant fondée sur l'intérêt, les tiers n'ont pas à établir l'intention frauduleuse de leur auteur ou débiteur et *a fortiori* la complicité du tiers, toutes preuves nécessaires à la réussite de l'action Paulienne (1).

3° Aussi tandis que le créancier qui intente l'action Paulienne doit en principe rapporter un titre ayant une date certaine antérieure à celle de l'acte incriminé, parce que l'on conçoit mal qu'on ait fait fraude à ses droits par un acte qui leur serait antérieur, on ne saurait avoir cette exigence à l'égard d'un tiers qui invoque non pas la fraude, mais son intérêt. La jurisprudence a admis cette solution qui semble cependant contraire au principe qu'elle suit ordinairement ; on sait, en effet, qu'elle ne reconnaît au tiers qui veut agir en son nom qu'une action en nullité pour simulation *frauduleuse* (2).

Mais le créancier doit justifier d'un intérêt ; nous estimons cependant qu'il n'a pas à justifier d'un intérêt immédiat, comme on l'exige lorsqu'il s'agit de l'action Paulienne. Il suffirait d'un intérêt éventuel ; il ne faut

1. Cass., 25 juillet 1864. Sir. 64. I. 452.

2. Bourges, 14 août 1844. D. P. 46, 2, 225. — Bordeaux, 20 juillet 1848. D. P. 49, 2, 148. — Poitiers, 17 août 1854. D. P. 55, 2, 99. — *Contrà*, Nîmes, 18 déc. 1849. D. P. 52, 2, 122. — V. pour l'action Paulienne, Agen, 3 février 1885. Sir. 86, 2, 31. — On trouvera parfois des décisions judiciaires citées à l'appui de solutions qui sembleraient découler de principes admis dans cette thèse, mais repoussés en jurisprudence. On n'oubliera pas que les inconséquences dans la doctrine et la jurisprudence sont plus fréquentes en notre matière que partout ailleurs.

pas oublier que l'action Paulienne a de très graves conséquences et fait tomber un acte sérieux ; la preuve de la simulation aboutit simplement à permettre le rétablissement de la réalité, et doit être considérée comme une mesure simplement conservatoire (1). Nous en déduirons logiquement que les créanciers conditionnels ou à terme seront recevables à faire cette preuve.

67. — Quelques questions spéciales ont été soulevées devant les tribunaux.

On s'est demandé d'abord si le créancier hypothécaire qui a négligé de surenchérir est déchu du droit de prouver la dissimulation d'une partie du prix. Des arrêts très rares d'ailleurs et déjà anciens (2) ont admis cette déchéance, par application de l'art. 2186 C. civ., qui est ainsi conçu : « A défaut par les créanciers d'avoir requis la mise aux enchères dans le délai et les formes prescrites, la valeur de l'immeuble demeure définitivement fixée au prix stipulé dans le contrat ou déclaré par le nouveau propriétaire, lequel est, en conséquence, libéré de tout privilège ou hypothèque, en payant ledit prix aux créanciers qui seront en ordre de recevoir ou en le

1. Il sera d'autant plus intéressant de la prendre que l'on doit supposer, pour qu'un préjudice menace les créanciers, que l'acte apparent constate une obligation à la charge du débiteur. Or nous verrons que si le co-contractant, le créancier dans cette obligation tombe en déconfiture, ses créanciers auront le droit de faire exécuter l'obligation telle qu'elle est portée dans l'acte extérieur, si les créanciers de l'obligé ou l'obligé lui-même n'ont pas par avance fait constater judiciairement la fausseté de cet acte extérieur.

2. Metz, 28 avril 1814 ; Bourges, 25 mai 1827.

consignant ». On a conclu de ce texte que, dans l'hypothèse par lui prévue, le créancier était irrecevable à prouver la simulation du prix. Cette doctrine ne pouvait pas réussir. En admettant que le défaut de surenchère constitue une acceptation du prix, cette acceptation ne pourrait, semble-t-il, porter que sur le prix réel. Mais il est encore plus vrai de dire que le défaut de surenchère ne constitue pas une acceptation du prix. On sait, en effet, que la surenchère expose le créancier au danger de rester acquéreur de l'immeuble, et si la différence entre le prix et la valeur réelle de cet immeuble est inférieure au montant de la surenchère, son intérêt lui commande de s'abstenir. Les auteurs et les arrêts sont aujourd'hui d'accord pour repousser cette idée de déchéance (1).

68. — Une difficulté analogue et qui a donné lieu à un certain nombre de décisions judiciaires récentes, soit en France, soit en Belgique, s'est élevée sur l'art. 882 C. civ.

Les créanciers d'un co-partageant sont-ils déchus du droit de prouver la simulation d'un acte de partage, parce qu'ils n'ont pas usé de leur droit de s'opposer à ce qu'il fût fait hors de leur présence? On comprend à peine qu'il y ait une question sur ce point. L'art. 882 interdit

1. Aubry et Rau, III, § 294. p. 533 ; — Limoges, 21 décembre 1822 ; Nancy, 9 mai 1840. — La jurisprudence ne paraît pas avoir statué depuis longtemps sur la question. On peut cependant, croyons-nous, tirer un argument *à fortiori*, d'un arrêt qui admet notre solution dans l'hypothèse d'une action paulienne, laquelle est bien plus grave que l'action en simulation. Cass. 18 février 1878. D. P. 79. 1. 291.

d'attaquer un partage réel et frauduleux; or, dans notre hypothèse, ils demandent simplement à démontrer qu'il n'y a pas eu de partage (1).

69. — On a pu voir au cours de ces explications, que l'action en déclaration de simulation étant soumise à moins de conditions que l'action Paulienne, son domaine est plus vaste que celui de cette action. Il arrivera souvent que le créancier aura le choix entre les deux. Mon débiteur vend fictivement ses biens à un tiers. Je puis prétendre que cette vente est faite en fraude de mes droits, ce qui suppose que je tiens le contrat pour réel; je puis aussi demander à établir que la convention n'a pas été réellement passée. Mais ce qu'il faut remarquer, c'est que si ce choix se comprend lorsque la simulation étant absolue, il n'y a aucune réalité sous l'apparence, il n'est pas en général rationnellement admissible lorsque la simulation est relative. Cela est évident lorsque la simulation frauduleuse dissimule un acte que le créancier aurait intérêt à connaître et à invoquer : ce dernier ne tiendra en aucun cas le contrat fictif pour réel. Mais c'est aussi vrai lorsque la simulation frauduleuse a eu pour but de dissimuler un acte frauduleux, au moins si le créancier est de bonne foi (2). De deux choses l'une, en effet : ou l'acte apparent ne lèse en rien ses droits, et nous

1. Lyon, 9 juin 1876. D P. 78. 2. 13 ; — Chambéry, 29 novembre 1876. D. P. 78. 2. 215 ;— Paris, 10 août 1877. D. P., 78. 2. 172 ;— Trib. Namur, 22 juillet 1878. Pasier. 79. 7; — Trib. Courtrai, 17 février 1883. Pasier. 83. 150.

2. Parce qu'alors seulement il peut invoquer l'art. 1321.

verrons qu'aux termes de l'art. 1321, il peut s'en tenir à lui à ne subir que ses conséquences ; ou il lèse ces droits et l'art. 1321 lui permet aussi de ne connaître que lui, mais comme il est infecté du même vice que l'acte réel, il l'attaquera directement et le fera tomber par l'action Paulienne, sans se préoccuper d'ajouter à la preuve de la fraude la preuve inutile de la simulation.

70. — Nous n'avons guère parlé jusqu'ici que du créancier. Il est d'autres tiers intéressés à prouver la simulation d'un acte. On peut supposer qu'une personne a acheté un immeuble d'un vendeur qui en a déjà opéré une transmission fictive au profit d'un tiers. L'acheteur réel demandera à prouver la simulation contre l'acheteur fictif. Il n'aura d'ailleurs à user de ce moyen que s'il n'a pas fait transcrire son acquisition avant que l'acheteur fictif n'ait fait transcrire son prétendu titre.

On peut citer aussi le cohéritier qui veut exercer le retrait successoral et établir que le prix porté dans l'acte de cession du droit héréditaire est supérieur au prix réel.

Deux arrêts nous fournissent l'exemple d'une femme commune en biens prétendant qu'un bail passé entre son

2. Nous avons cru cependant trouver une hypothèse où le créancier de bonne foi peut avoir intérêt à établir la simulation pour intenter ensuite l'action Paulienne. C'est le cas où un débiteur de mauvaise foi aurait fait une donation déguisée à un tiers de bonne foi. Le créancier qui, s'il s'en tenait aux apparences, ne pourrait intenter l'action Paulienne contre le tiers non complice de la fraude, pourra le faire quand il aura établi qu'il s'agit d'une libéralité, la complicité du tiers n'étant pas pour ces contrats une condition de l'action.

mari et un tiers dissimule une vente, et que l'on a usé de ce détour pour empêcher l'immeuble d'entrer dans la communauté. On lui objectait qu'elle avait accepté la communauté et ratifié par là même les actes de son mari. Rien ne serait plus dangereux en thèse générale que de vouloir tirer de l'acceptation de la femme une telle conséquence. Mais dans tous les cas l'argument était ici sans portée : la femme ne répudiait pas l'œuvre de son mari, elle recherchait quelle avait été cette œuvre (1).

71. — Enfin, pour en finir avec cette première hypothèse, nous ferons observer que si les exemples cités se réfèrent presque tous au cas de simulation dans la nature ou les éléments de l'acte, il faut appliquer les mêmes règles aux autres hypothèses de simulation (2).

72. — *Seconde hypothèse* : L'un des auteurs de la simulation a-t-il le droit de l'établir à l'encontre d'un tiers ?

On a reconnu dans cette question celle que résout l'art. 1321 : les contre-lettres sont-elles opposables aux tiers ? Toute simulation, si l'on excepte les actes unilatéraux qui ne paraissent pas soulever la question qui va nous occuper, se résout en effet en une contre-lettre en prenant ce mot dans son sens le plus général qui est celui d'une convention secrète modifiant ou détruisant une convention apparente (3).

1. Cass. 31 juillet 1872. Dall. 73, 1, 341 ; — 26 juin 1883. Sir. 84, 1, 367.

2. Mais pour la simulation dans la date l'art. 1328 mêle à la question des éléments très-importants que nous étudierons plus tard.

3. Le sens étroit du mot contre-lettre est celui d'une convention secrète passée entre les parties à l'acte apparent. Mais il n'y a pas un réel

73. — Pour que la question ait un intérêt il faut supposer que le tiers en question est, à raison des liens de droit qui le rattachent à l'un des auteurs de la simulation, soumis aux conséquences de ces actes. On se demande s'il ne pourra échapper à ses conséquences quand l'acte a été ignoré de lui. Le droit commun ne permettrait qu'une réponse négative. Le tiers ne pourrait être admis à se réclamer de l'acte simulé, puisque cet acte est inexistant, et il ne pourrait pas non plus se soustraire aux effets de l'acte dissimulé, puisque sa situation l'y soumet par cela seul qu'il existe et qu'aucun principe général n'exige que cet acte ait été porté à sa connaissance.

74. — On conçoit cependant les inconvénients de ce système. Si le tiers se trouve en face d'un acte qui l'a trompé, c'est par la volonté des parties. Il peut être juridique, il ne serait pas juste de permettre à ces dernières d'induire ainsi en erreur les personnes qui contractent avec elles et le moment venu, de démasquer leurs intentions, arrêtant par une véritable surprise l'action des intéressés.

75. — Et néanmoins ce n'est que bien tard que le législateur a songé à protéger les tiers par une mesure radicale et vraiment efficace.

Notre ancienne jurisprudence s'était sur ce point arrê-

intérêt en notre matière à s'attacher à ce sens strict. V. sur ce point Bartin, Théorie des contre-lettres. Paris, 1885. Thèse de doctorat, p. 99. L'auteur nous a semblé attacher une bien grande et bien inutile importance à cette définition des contre-lettres.

tée à des mesures évidemment insuffisantes. Elle n'avait pas admis sans doute qu'une contre-lettre fût toujours opposable aux tiers de bonne foi, mais pour la rendre telle il suffisait aux parties de la faire rédiger par un officier public ou de la faire reconnaître en justice. Dans l'un et l'autre cas il fallait en outre que minute fût gardée de la contre-lettre (1). A ces conditions elle était opposable aux tiers comme toute autre convention. Toutefois en certaines matières on poussait beaucoup plus loin la rigueur, et les contre-lettres étaient complètement annulées : 1° en matière d'acquisitions d'offices de procureurs, notaires et autres semblables (Arrêts de règlement des 7 septembre 1691 et 8 août 1714) ; 2° dans les contrats de fondation et de dotation de monastères de communautés. Un arrêt du Parlement de Paris en date du 3 mars 1663, fait « défense à l'avenir à toutes personnes de quelque qualité et conditions qu'elles soient, de faire aucune contre-lettre contre les contrats de fondation et dotation qu'elles feront pour l'établissement des couvents, maisons et communautés séculières et régulières, à peine de deux mille livres d'amende et de nullité des contre-lettres ». 3° lorsqu'elles étaient souscrites par des comptables envers le roi dans l'exercice de leurs fonctions (édit de François Ier du 16 mai 1532) ; 4° lorsqu'elles étaient passées entre propriétaires qui faisaient bâtir et ou-

1. Denisart. Collection de décisions relatives à la jurisprudence actuelle. Paris, 1771, v° Contre-lettre, n. 3 et 5 ; — Merlin. Rép. v° Contre-lettre, n° 6.

vriers pour diminuer ou charger les prix, clauses et conditions des devis et marchés qu'ils faisaient. (Arrêt du 31 juillet 1690 confirmant une sentence de règlement du Châtelet de Paris). En certains pays on avait même songé à les proscrire dans toute une catégorie importante de transactions privées. Il arrivait parfois dans les acquisitions d'immeubles que dans l'acte apparent la vente était portée comme vente pure et simple, tandis que l'acheteur s'était par exemple réservé la faculté de reméré ; ou encore on indiquait que le prix avait été payé, tandis qu'une contre-lettre le déclarait encore dû. Ces combinaisons connues sous le nom de contrats de Nonobstant furent déclarées nulles et de nul effet en Lorraine par une ordonnance du duc Léopold, en date du 8 mars 1723, enregistrée à la Cour souveraine de Nancy le 15 du même mois.

Il faut d'ailleurs remarquer que dans ces hypothèses spéciales la contre-lettre était annulée même entre les parties, et non seulement on méconnaissait leurs intentions en empêchant cette contre-lettre de sortir ces effets, mais par une rigueur plus grande encore et dont nous avons trouvé un remarquable exemple dans notre jurisprudence actuelle, on maintenait l'acte apparent qui avait force obligatoire.

76. — On le voit, l'ancienne jurisprudence offrait des contrastes et des inégalités étranges. Parfois rigoureuse à l'excès, elle protégeait mal dans la généralité des cas la bonne foi des tiers. C'est le Code civil qui, le premier,

a édicté enfin une mesure générale, sagement protectrice des tiers, mais assurant entre les parties l'exécution de leurs volontés. L'art. 1321 est ainsi conçu : « Les contre-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes; elles n'ont point d'effet contre les tiers. » En d'autres termes, il n'est pas permis de prouver la simulation contre un tiers. Celui-ci peut déclarer qu'il s'en tient à l'acte simulé et que c'est pour lui l'acte réel (1).

77. — Nous n'avons plus à expliquer ce que nous entendons par un tiers ; constatons seulement que sur l'art. 1321 la doctrine et la jurisprudence n'hésitent pas à reconnaître cette qualité à l'ayant-cause à titre particulier et au créancier chirographaire, sans réserves et sans distinction entre les divers cas (2).

1. Il faut donc tenir pour erroné ce passage de Merlin (Rep. v° Contre-Lettre, n° 10) : « Aujourd'hui les contre-lettres sous seing privé ne font foi de leur date contre les tiers que du jour, soit de l'enregistrement, soit du décès de l'un de ceux qui les ont souscrites, soit de l'acte public où leur substance est constatée et on ne peut les inscrire au bureau des hypothèques qu'après qu'elles ont été reconnues en justice. »

On trouvera les détails de la controverse sur ce point dans de Plasman, Des Contre-Lettres. p. 18 et s.

2. Cass. 18 août 1874. D. P. 75.1.123.—Il faut noter comme contraire à cette doctrine un arrêt de la Chambre des Requêtes du 23 mai 1870, D. P. 71.1.109. Son unique considérant est ainsi conçu : « Attendu que vainement les demandeurs prétendent qu'ils peuvent, comme exerçant les droits de leur débiteur, exiger des frères Baville le versement dans la société de toutes les sommes nécessaires pour l'exploitation de la mine et se prévaloir de l'inexécution de cette obligation; que dans ce cas en effet, ils ne peuvent avoir plus de droit que celui qu'ils représentent et ne peuvent par suite repousser, comme ne pou-

78. — Les applications du principe de l'art. 1321 sont très nombreuses et d'un grand intérêt pratique.

Primus a vendu fictivement une chose à Secundus qui l'a revendue à Tertius. Un conflit s'engage entre Primus et Tertius. Primus qui ne s'est pas dessaisi de la propriété en faveur de l'auteur de Tertius revendique l'immeuble contre ce dernier. Tertius sera fondé à lui opposer l'art. 1321 et à dire que la contre-lettre ne lui étant pas opposable, à ses yeux Secundus avait acquis la propriété et avait pu la lui transmettre (1).

La jurisprudence offre un grand nombre d'autres applications. Elle a ainsi très justement décidé qu'un vendeur ne peut opposer aux créanciers chirographaires de son acheteur failli, l'acte sous seing privé par lequel il a stipulé un prix supérieur à celui qui avait été indiqué

vant leur être opposées,les modifications apportées au pacte social. — Rejette, etc. »

L'arrêtiste fait remarquer dans une note que cet arrêt est contraire à à l'opinion des auteurs et à la jurisprudence elle-même.

Toutefois le même arrêt étant rapporté au recueil de Sirey 1871.1.151, l'annotateur de ce recueil la croit conciliable avec la jurisprudence antérieure. Nous n'avons pas réussi dans cette conciliation.

1. Il est cependant un cas où l'art. 1321 n'aura pas d'application. S'il s'agit en effet d'un meuble corporel et que Tertius ait été mis en possession, ou bien il sera de bonne foi et l'art. 2279 lui suffira, ou bien il ne pourra invoquer ce texte et c'est qu'il sera de mauvaise foi, c'est qu'il aura connu la contre-lettre, ce qui, nous le verrons, le rend également non recevable à invoquer l'art. 1321.

On a en outre soutenu que dans l'hypothèse prévue au texte la loi du 23 mars 1855 servirait à trancher les conflits prévus au texte et que l'art. 1321 serait sans utilité (Martin, p. 325-326). — La loi de 1855 n'est pas applicable à ce conflit, puisque Primus et Tertius ne sont pas ayants-cause d'un même auteur.

dans l'acte primitif (1) ; que l'acte constatant un apport en immeubles fait à une société ne peut être considéré au préjudice des tiers comme ayant constitué, en réalité, une vente immobilière, sous le prétexte que ce caractère lui appartiendrait, aux termes d'une convention secrète précédemment conclue entre les deux parties, et que dès lors l'associé qui a fait cet apport, ne saurait se prévaloir de la dite convention, pour exercer le privilège du vendeur sur les immeubles apportés (2).

79. — Ces conséquences de l'art. 1321 sont très graves, et nous avons démontré plus haut qu'elles constituent autant de dérogations au droit commun. C'est double raison pour déterminer très exactement les conditions de son application.

Elles sont au nombre de trois.

Il faut d'abord que le créancier ait un intérêt légitime à repousser la contre-lettre, intérêt qui n'existera qu'au cas d'insolvabilité ou de gêne chez son débiteur. Tant que ses droits ne sont pas compromis, il doit accepter les actes de son débiteur, tels que celui-ci juge à propos de le faire.

Il faut ensuite que le créancier n'ait pas connu, au moment où l'acte était passé, l'existence et la teneur de la contre lettre, en un mot qu'il soit de bonne foi. Cette condition s'explique d'elle-même, la loi veut éviter que

1. Toulouse, 28 mai 1874. D. P. 75, 2, 63.

2. C. cass. 29 juin 1881. D. P. 82, 1, 106 ; — Cfr. Cass. 3 janvier 1883. D. P. 83, 1, 416.

les tiers soient trompés par les parties, et ici l'erreur n'existe pas (1).

Enfin troisième et dernière condition, il faut que l'acte réel des parties ne constitue pas une fraude à une loi d'ordre public. Et pour préciser par un exemple pratique, un débiteur qui a dissimulé le caractère usuraire de sa dette sous les dehors d'un contrat régulier, sera admis à établir contre le cessionnaire de la créance la cause illicite de son obligation. On pourrait, il est vrai, lui faire quelques objections. L'art. 1321, pourrait-on dire, ne fait absolument aucune distinction. Il a voulu protéger les tiers contre des actes qu'ils ont dû ignorer : sa raison d'être se rencontre dans l'espèce. Voilà pour le principe. Que si l'on envisage l'hypothèse spéciale de la cession, l'argument devient beaucoup plus grave. Cette cession, elle a été signifiée au débiteur, peut-être l'a-t-il acceptée, en tout cas il l'a connue. Il s'est tu cependant, il a laissé le créancier dans une erreur invincible. Qu'en conclure, sinon qu'il a entendu renoncer à son exception d'usure ? Et si l'on ne veut pas admettre cette idée de renonciation, il restera toujours ce fait que le débiteur est en faute à l'égard du cessionnaire, qu'il lui causera un préjudice grave en lui opposant le caractère

1. La doctrine est dans ce sens. V. les autorités citées dans la Table du Recueil de Sirey (1791-1850), v° Contre lettre, n. 15. — V. aussi Caen, 17 mai 1873. Sir. 74, 2, 46.

Une théorie contraire est cependant professée dans une consultation de MM. Piet, Vatimesnil, Duverger, Pardessus, Bonnier, Duranton, etc., dont nous aurons occasion de reparler (sous Cass. 9 fév. 1848. Sir. 48. 1, 481 et D. P. 48, 1, 97.)

illicite de l'obligation qu'il lui a dissimulée. Ce préjudice, il devrait le réparer : ne vaut-il pas mieux le prévenir ? — Aucune de ces objections n'est irréfutable. L'art. 1321 n'avait pas à prévoir une hypothèse dont les règles générales du droit suffisaient à donner la solution. Il a voulu éviter certains dangers auxquels étaient exposés les droits privés des tiers ; mais dans le conflit des intérêts privés et des nécessités de l'ordre public peut-il y avoir place pour l'hésitattion ? C'est d'autre part une erreur que de conclure de l'accomplissement des formalités de l'art. 1690 à une renonciation du débiteur à l'un quelconque de ses droits. La notification prévue par ce texte est une simple mesure de publicité, et l'acceptation constate uniquement que le débiteur connaît la cession. Il n'a pas à se mêler à ce contrat de cession ; il n'a aucune réserve à faire. Enfin la loi civile attend ordinairement que le préjudice soit causé et le répare, et dans tous les cas elle ne permet pas de modifier la nature des réparations qu'elle impose (1).

80. — C'est à l'étude du droit pour les tiers de ne pas se voir opposer les contre-lettres qu'il faut rattacher l'examen de deux questions d'un grand intérêt pratique. La première qui pourrait revêtir une forme générale mais que les auteurs n'étudient qu'à propos des donations déguisées, peut se formuler ainsi : Faut-il que le contrat extérieur qui recouvre la réalité réunisse en apparence

1. Cass. 2 mai 1852. D. P. 53, p. 144. — Martin, p. 328 et suiv.

les conditions nécessaires à son existence et à sa validité pour que l'acte réel dissimulé soit valable ? La seconde est l'étude des rapports du prête-nom avec les tiers.

80 *bis*. — La jurisprudence et la doctrine enseignent qu'une donation déguisée n'est valable qu'autant qu'elle est enveloppée dans un contrat de sa nature translatif de propriété et présentant les apparences d'une convention régulière (1). Et M. Demolombe renchérit encore sur ces exigences : « Il faut bien, dit-il, que l'acte qui renferme cette donation ait une forme légale, et puisqu'il n'a pas celle de la donation, il est nécessaire qu'il ait celle de l'acte onéreux sous le masque duquel la donation a été faite. — Et non-seulement la forme proprement dite, mais encore, extérieurement du moins, les conditions propres d'existence et de validité de cet acte. — C'est ainsi que la donation déguisée sous la forme d'un acte de vente sous signature privée serait nulle si l'acte n'avait pas été fait double, conformément à l'art. 1325 » (2).

M. Laurent fait justement observer que l'éminent auteur confond dans ce passage la question de preuve et celle de validité ; celle-ci n'a aucun rapport avec la nécessité du double écrit (3). Mais sur le fond de la controverse il est de l'avis commun.

1. Voir not. Grenoble 19 mars 1881. D. P. 81, 2, 188. — Besançon, 17 janvier 1883. D. P. 83, 2, 216. — Cour supérieure de Luxembourg, 16 mai 1878. Pasicr. luxemb. 1878. 445.—Cass. 2 avril 1884. Sir. 86, 1, 121.—Voir cependant un arrêt récent (Cass. 5 janv. 1886, D. P. 86, 1, 122) qui paraît un peu moins rigoureux que les décisions antérieures.

2. Demol. Donat. et Test., t. III, n° 104.

3. Laurent, t. XII, n° 308.

81. — Il faut bien reconnaître cependant que cette doctrine n'a aucun fondement. Si la donation déguisée était validée comme contrat onéreux, on comprendrait que cette régularité extérieure, que cette apparence de vérité du caractère onéreux de l'acte fut exigée. Mais la jurisprudence valide la donation déguisée *comme donation*, on l'a trop perdu de vue. Dès lors ou la donation est un contrat solennel, et cette régularité apparente du contrat fictif ne saurait lui suffire ; ou elle ne n'est pas, et cette régularité ne lui est pas nécessaire. Le dernier mot de la jurisprudence était l'aveu qu'on supprimait la solennité des donations ; mais elle n'a pas osé le dire, et elle a créé une solennité spéciale dont la raison d'être est insaisissable.

82. — Ce qu'on n'a pas remarqué, ce qui doit fixer notre attention, c'est que la question avait un sens juridique, étudiée au point de vue de l'art. 1321. C'est ce texte en effet et ce texte seul qui donne, à notre sens, un intérêt aux parties à faire un contrat onéreux régulier en apparence, translatif de propriété, et constaté dans un acte qui puisse faire preuve.

Lorsqu'une donation est déguisée sous les apparences d'une vente, si cette vente à toutes les apparences de la régularité, les tiers qui veulent établir que le contrat est en réalité à titre gratuit, ont à prouver d'abord l'existence de la vente et puis l'existence de la donation, que par exemple ils désirent faire annuler comme faite en fraude de leurs droits. Si, au contraire, la prétendue vente man-

que, même extérieurement, de l'un des éléments nécessaires à son existence et à sa validité, l'art. 1321 dispense les tiers de cette double preuve ; ils s'en tiendront aux termes de l'acte apparent, et ces termes mêmes révéleront l'imperfection de la vente. Il faudrait qu'on pût prouver aux tiers par d'autres moyens que la vente est réelle et l'on ne prouvera pas ce qui n'est pas.

Cette dernière observation en amène naturellement une autre. Puisque les preuves extrinsèques ne se conçoivent pas, les parties devront dresser l'*instrumentum* dans les formes voulues pour qu'il fasse preuve en justice ; sinon la vente ne sera pas établie au regard des tiers, et ils n'auront même pas à en prouver la simulation.

Enfin le principe de l'art. 1321 obligera les parties à déguiser les contrats qu'elles passent sous des conventions dont les effets soient au moins aussi étendus. C'est ainsi qu'elles pourront déguiser un contrat simplement créateur d'obligations sous une convention translative de propriété ; mais le procédé inverse créerait un vrai danger pour elles. Primus fait une vente ou une donation sous la forme d'un dépôt. Les créanciers se prévaudront du dépôt simulé et compteront dans leur gage un bien qui en est réellement sorti.

83. — On n'aura point de peine à résoudre, à l'aide de ces principes, la question de savoir si une donation déguisée peut être faite par voie d'endossement en blanc. Les auteurs ont reproché à la jurisprudence de l'admet-

tre, l'endossement en blanc n'étant pas translatif de propriété. (1) Le reproche n'était pas fondé sous la forme qu'ils lui ont donnée, car la jurisprudence valide la donation en pareil cas comme don manuel (2). Elle considère qu'un titre endossé en blanc est un titre au porteur transmissible de la main à la main. Cette idée nous semble exacte, lorsque le donateur a reçu lui-même d'un tiers qui l'avait endossé en blanc le titre donné. Une fois en circulation, ce titre est au porteur. Si au contraire le donateur l'endosse en blanc lui-même pour la première fois, il cherche à dénaturer le caractère du titre ; on est dans le cas de l'art. 138, c. co., et d'après l'interprétation générale, l'endossement est translatif *inter partes*, et ne vaut que comme mandat au regard des tiers (3). Les tiers auront donc le droit, de tenir la donation pour un mandat. Mais la *validité* de cette donation, nous ne voyons pas ce qui empêcherait de la reconnaître.

84. — L'art. 1321 doit également servir à régler les rapports du prête-nom avec les tiers. Ses rapports avec celui qu'il dissimule sont ceux de mandataire à mandant. Quant aux tiers, il s'est présenté à eux, non comme mandataire, mais en son nom personnel.

Si donc les tiers n'ont pas connu sa qualité de prête-nom, ils ont le droit de le tenir pour maître de l'affaire.

1. V. not. Laurent. T. XII, nº 310.
2. Cass. 12 déc. 1815. — Bordeaux, 7 avril 1851. Sir. 51, 2, 486.
3. V. Lyon-Caen et Renault. Précis de droit commercial, nº 1101.

C'est avec lui qu'ils traitent, c'est lui seul qu'ils connaîtront. Dans un travail général comme celui-ci, on n'attend pas que nous énumérions les conséquences, faciles à entrevoir, de cette idée. Signalons-en seulement une qui nous est fournie par une récente décision judiciaire: le tiers est en droit de faire déclarer irrecevable toute action intentée par un autre que le prête-nom (1).

Mais l'art. 1321 n'est applicable qu'aux tiers de bonne foi. Ceux qui ont traité avec le prête-nom, sachant qu'il était prête-nom, ne peuvent faire abstraction de la qualité, qu'ils lui ont connue, de mandataire.

La Cour de Cassation a fait une intéressante application de ce principe en décidant que les tiers qui contractent avec le prête-nom, sachant que son mandant est décédé et ses pouvoirs dès lors expirés, ne sont pas recevables à exiger des héritiers du mandant l'exécution des engagements pris par le mandataire prête-nom (1). Cet arrêt est d'autant plus intéressant que tout paraît avoir été mis en œuvre pour éviter la solution qu'il donne et que la discussion fut très approfondie. A l'appui des prétentions des tiers on produisait deux consultations, la première signée de MM. de Vatimesnil et Piet et revêtue de l'adhésion de MM. Duvergier, Pardessus, Duranton, Bonnier et Bosviel, la seconde signée des mêmes noms et revêtue en outre des adhésions de MM. Bérard des Glajeux et Jules Gossin. Le tribunal de la Seine avait admis ces prétentions, mais

1. Trib. Luxembourg, 17 fév. 1875. Pasicr. luxemb. 1876, 1, 169.
2. Cass. 9 février 1848. Sir. 48, 1, 481, et D. P. 48, 1, 97.

la Cour de Paris les avait très-justement rejetées. Si l'on parcourt la consultation précitée, on voit que toute l'argumentation pivote autour des propositions suivantes : « La Cour a invoqué à l'appui de son arrêt la connaissance que M. C... aurait eue de la contre-lettre. Mais ce fait ne justifierait nullement l'arrêt attaqué. Car d'une part, l'art. 1321, qui interdit de donner aucun effet aux contre-lettres contre les tiers est, ainsi qu'on l'a vu, conçu dans les termes les plus généraux, les plus absolus. Après ces mots : « elles (les contre-lettres) n'ont pas d'effet contre les tiers », il n'ajoute pas ceux-ci : « à moins qu'ils ne les aient connues ». D'ailleurs la connaissance d'un acte ne fait pas qu'on devienne partie contractante, et l'art. 1321 déclare expressément que les contre-lettres ne peuvent avoir d'effet qu'entre les parties contractantes..... Au surplus, non-seulement l'art. 1321 ne distingue pas, mais il ne devait pas distinguer. Tout notre nouveau système de législation tend à donner pleine sécurité aux tiers pour favoriser les transactions si nécessaires à la vie sociale, et cette sécurité n'existerait pas si les tiers avaient à craindre les effets de contre-lettres dont on déclarerait plus ou moins arbitrairement qu'ils auraient eu connaissance. » Pour les auteurs de la consultation, la bonne foi des tiers n'est donc pas une condition d'application de l'art. 1321. Cette assertion est en contradiction avec la doctrine et la jurisprudence telles qu'elles étaient alors et telles qu'elles se sont maintenues depuis (1). Elle

1. V. p. 97, note.

est également en contradiction avec le but du législateur qui a voulu éviter aux tiers des surprises, — la consultation le reconnait – et ces surprises supposent la bonne foi (1).

La Cour de Cassation est cependant revenue sur sa jurisprudence par une décision postérieure à la précédente (2). Les circonstances de fait paraissent avoir influé beaucoup sur cette décision, par laquelle la Cour déclare que le prête-nom est, dans ses rapports avec les tiers, maître absolu de l'affaire, sans excepter le cas où les tiers sont de mauvaise foi, et notamment qu'une action en résolution pour défaut de paiement du prix doit être dirigée contre lui, même dans l'hypothèse où entre le contrat et l'action le mandant étant décédé, les pouvoirs du prête-nom ont

1. M. Paul Pont (Traité des petits contrats. I, n° 1080), approuve également la solution de l'arrêt, mais nous avouons ne pas très-bien saisir le sens de sa réponse à la consultation : « La question, dit-il, n'était pas de savoir si la contre-lettre était ou non opposable aux tiers ; il s'agissait de décider si lorsqu'en traitant avec un prête-nom les tiers ont connu cette qualité, *soit au moyen d'une contre-lettre qui a passé sous leurs yeux, soit d'une manière quelconque*, ils ne savaient pas par cela même qu'ils traitaient avec un mandataire et non avec le maître de l'affaire. Or ce point de fait ne pouvait être résolu autrement que par l'affirmative, la conséquence dans l'espèce devait être que les tiers n'étaient pas admissibles à se prévaloir du titre apparent du prête-nom ». N'y a-t-il pas là une confusion? L'auteur semble croire que dire : « les tiers savaient qu'ils traitaient avec un mandataire » ou dire : « les tiers connaissaient la contre lettre qui faisait du *dominus rei* apparent un simple mandataire, » sont deux choses différentes. A moins que par contre-lettre il n'entende l'écrit qui constate la convention secrète ; il semble bien qu'il soit ainsi. Mais alors il emploie un langage inexact. La contre-lettre est la convention secrète et non l'acte qui la relate.

2. 25 janv. 1864. Sir. 64, 1, 105 et D. P. 64, 1, 282.

cessé. Cet arrêt est approuvé par M. Massé dans une note, mais il nous semble contraire aux principes que nous avons établi et à tous égards nous préférons l'arrêt de 1848. On conçoit difficilement que, en connaisance de cause, des tiers puissent s'obstiner à considérer une personne comme investie des droits qu'ils savent quelle n'a pas.

§ III. — *Le conflit s'élève entre deux tiers à la simulation.*

85. — Des exemples vont préciser comment la question qui est complexe se pose.

Primus a fait à Secundus une vente fictive. Ils revendent l'un et l'autre la chose vendue à des acquéreurs différents, Pierre et Paul, tous deux de bonne foi. Ces deux sous-acquéreurs se prétendent chacun propriétaires.

Trois cas ne font pas difficulté.

Si en effet c'est d'un immeuble qu'il s'agit et si Pierre, l'acquéreur de Primus, a transcrit son acquisition avant que Secundus n'ait transcrit la sienne (1), il triomphera nécessairement et de Secundus et de Paul, l'acquéreur de ce dernier. Mais, hors ce cas, la loi de 1855 est forcément inapplicable. Peu importe que Secundus ait

1. Il n'y a évidemment pas à parler de la transcription de la revente consentie par Secundus. Elle est indifférente à l'acquéreur de Primus, car les deux sous acquéreurs sont ayants-cause d'auteurs différents, et la loi de 1855 ne résout pas ce conflit.

transcrit avant l'acquéreur de Primus, celui-ci sera toujours fondé à prouver contre lui qu'il n'est pas devenu propriétaire, et il faudra se demander s'il peut également faire cette preuve contre l'acquéreur de Secundus.

S'il s'agit d'une créance les difficultés sont les mêmes. La question ne se pose pas si Pierre a rempli avant Secundus les formalités de l'art. 1690, il sera alors préféré. Mais elle se pose si Secundus les a remplies le premier, car on ne devient propriétaire au regard des tiers que par leur accomplissement, mais leur accomplissement ne crée pas le droit qui n'existe pas et Pierre pourrait prouver contre Secundus l'inexistence de son droit. Reste la question de savoir s'il peut également la prouver contre Paul, ayant-cause de Secundus.

Enfin s'il s'agit d'un meuble corporel, la difficulté n'existe pas lorsque l'un des sous-acquéreurs a été mis en possession. Étant de bonne foi, il pourra se retrancher derrière l'art. 2279 C. civ. Mais le problème reste entier lorsqu'aucun des sous-acquéreurs n'a reçu l'objet vendu.

86. — Au lieu d'imaginer le conflit entre deux sous-acquéreurs, on peut l'imaginer entre un créancier chirographaire de l'une des parties qui veut saisir l immeuble et un tiers qui s'en prétend propriétaïre ou prétend avoir sur lui une hypothèque du chef de l'autre partie. Il faut mettre de côté le cas où s'agissant d'un meuble, le sous-acquéreur aurait été mis en possession : l'art. 2279 empêche toute contestation ; et le cas où le

conflit s'élevant entre un acquéreur de Primus et un créancier de Secundus, l'acquéreur de Primus a fait transcrire son acquisition avant que Secundus n'ait publié la sienne, ou a rempli avant Secundus les formalités de l'art. 1690, s'il s'agit d'une créance. Pierre, l'acquéreur de Primus triompherait en pareil cas des acquéreurs de Secundus ; *a fortiori* semble-t-il devoir triompher de ses créanciers chirographaires.

87. — On conçoit également la difficulté naissant des prétentions de deux créanciers chirographaires. Primus a fait à Secundus une vente dans laquelle on a stipulé un prix de 10.000 fr., mais une contre-lettre réduit ce prix à 5.000 fr. Ils tombent tous les deux en déconfiture et les créanciers de Primus, le vendeur, demandent à concourir avec ceux de l'acheteur pour une somme de 10.000 fr. Ceux-ci répondent que la créance est de 5.000 fr. seulement.

87 *bis*. — Enfin la jurisprudence offre l'exemple d'une femme séparée de biens demandant à établir contre un tiers qu'un immeuble acheté ostensiblement par une personne donnée, a été en réalité acquis pour le compte du mari et doit, en conséquence, être grevé d'une hypothèque légale.

88. — Dans toutes ces hypothèses, faut-il donner la préférence aux apparences ou faut-il admettre la preuve de la simulation ?

MM. Laurent, Passama et Martin, se préoccupant uniquement du conflit entre un créancier du vendeur fictif et

un ayant cause de l'acheteur fictif ont proposé deux solutions diamétralement opposées.

D'après M. Laurent, l'art. 2125 tranche la difficulté : « Un acte simulé, dit-il, ne donne aucun droit à celui au profit duquel il est souscrit ; et comment celui qui n'a aucun droit sur une chose pourrait-il transmettre à des tiers des droits qu'il n'a point ? » (1) Il faudrait donc s'en tenir à la réalité.

M. Passama et après lui M. Martin, estiment au contraire que la solution doit être cherchée dans l'art. 1321 C. civ. Le sous-acquéreur est un tiers ; il ne peut se voir opposer la contre-lettre (2).

La jurisprudence est assez confuse. M. Martin cite comme formel, en faveur de son opinion, un arrêt assez récent de la Cour d'Orléans (3). Or, si l'on se reporte à l'arrêt, on constate tout d'abord qu'il a manifestement confondu l'action Paulienne et l'action en déclaration de simulation, et si une allusion incidente ne nous prévenait qu'il s'agit d'un acte simulé, on pourrait croire que l'art. 1167 est seul en question. Tout fait même supposer que la Cour s'est référé aux règles de l'action Paulienne. Dans tous les cas — et la remarque est importante — l'arrêt n'a pas même fait allusion à l'art. 1321 sur lequel M. Martin édifie tout son système. M. Laurent n'a pas été plus heureux dans ses citations. Après avoir constaté la

1. Laurent, XVI, n° 499.
2. Passama, p. 95; — Martin, p. 188. — Cfr. Aubry et Rau. T. III, p. 268.
3. Orléans, 10 février 1876. Sir. 76. 2. 321.

confusion commise par la jurisprudence entre l'action Paulienne et l'action en déclaration de simulation, il ajoute qu'un arrêt de rejet du 25 janvier 1847 (1) a fait une application bien nette de l'art. 2125. Or cet arrêt commet exactement la même confusion et en outre il réserve le cas — le seul vraiment intéressant — où le tiers acquéreur aurait été d'une bonne foi invincible.

Pour nous, nous croyons devoir adopter la solution de MM. Passama et Martin. Et cela pour une double raison. En admettant même qu'il faille choisir entre les deux principes également certains de l'art. 2125 et de l'art. 1321, on ne saurait hésiter à préférer ce dernier. C'est conforme aux règles de l'interprétation juridique, puisque l'art. 1321 est un texte spécial et l'art. 2125 un texte général ; c'est conforme à l'esprit du législateur, qui a voulu protéger les tiers contre toute surprise. Mais si ce choix paraissait impossible, la solution resterait la même. Dans le doute, à quel parti s'arrêter, sinon au maintien de l'apparence? Dans le conflit de deux prétentions également justifiées, on ne saurait que maintenir le *statu quo*. C'est du reste la solution de la seule décision judiciaire vraiment nette, que nous ayons trouvée dans les recueils (2).

Bien entendu, la preuve de la simulation serait possible, si l'acte réel constituait une fraude à une loi d'ordre public.

1. D. P. 47. 4. 342.

2. Orléans, 16 mai 1846. D. P. 46. 2. 159. — La Cour a statué sur les prétentions indiquées plus haut d'une femme séparée à l'encontre d'un tiers.

## Section II

**L'action en déclaration de simulation est-elle prescriptible ?**

89. — Pour compléter ce chapitre, nous devons, ainsi que nous l'avons annoncé au début, résoudre une seconde question : l'action en déclaration de simulation est-elle prescriptible ? La question n'a pas été discutée précisément sur notre action, que les auteurs et les arrêts isolent rarement de celles qui l'accompagnent dans le plus grand nombre des cas. Mais on s'est demandé si une action en déclaration d'inexistence est prescriptible ; et cette question contient la nôtre, puisque nous avons reconnu que le contrat simulé est un contrat inexistant.

90. — Remarquons d'abord que l'action en déclaration de simulation peut n'être que le préliminaire d'une autre action. Si cette autre action est déjà prescrite, on ne conçoit pas que l'intéressé persiste à faire la preuve, désormais sans résultat, de la simulation. Ainsi un incapable (1) ayant reçu par personne interposée une donation, et ayant accompli la prescription acquisitive du bien donné, on ne conçoit pas que le donateur ou ses héritiers

1. On suppose un incapable proprement dit, et non une personne fictive, sans existence légale, comme une association non autorisée. Ces dernières sont souvent qualifiées d'incapables ; ce langage est erroné. L'incapacité est en droit une preuve péremptoire de l'existence

agissent en déclaration de simulation pour faire constater l'interposition de personnes. De même, un mineur qui a fait un contrat en le postdatant pour le placer à une époque où il était capable, n'a plus intérêt à faire constater la postdate le jour où il ne pourrait plus agir en nullité du contrat, c'est-à-dire dix ans après sa majorité.

91. — Mais y a-t-il une prescription de l'action en déclaration de simulation ? Nous n'hésitons pas à répondre négativement.

La Cour de cassation s'est récemment, il est vrai, prononcée en sens contraire dans une espèce intéressante.

Une donation avait été faite, sous le couvert d'une vente à personne interposée, à la Congrégation non autorisée des Frères de Saint-Viateur. Trente ans s'étaient écoulés. Les héritiers du donateur émirent la prétention de rentrer en possession des biens donnés.

Ils intentaient, en réalité, trois actions simultanément : une action en déclaration de simulation pour faire constater la simulation de la vente et l'interposition de personnes, une action en déclaration d'inexistence de la donation comme faite à une congrégation non autorisée, une action en revendication des biens donnés. Ces actions tenaient étroitement les unes aux autres ; si l'une d'elles était reconnue prescrite, il est évident que les autres perdaient leur intérêt ou n'étaient même pas recevables (1). La Cour a laissé de côté l'action en revendica-

1. C'est ce que disait M. le conseiller rapporteur : « Il devient manifeste que les consorts Ovize ne peuvent arriver aux frères de Saint-Viateur qu'en traversant le contrat de vente du 10 septembre 1815. »

tion pour s'attacher aux deux premières, que, suivant en cela les errements de la jurisprudence, elle n'a pas su distinguer ; la confusion a d'ailleurs moins d'intérêt ici, parce que toutes deux sont des actions tendant à la constatation d'une inexistence. L'arrêt rendu est du 5 mai 1879 (1).

« Attendu, y est-il dit, qu'aux termes de l'art. 2262, C. civ., toutes les actions tant réelles que personnelles sont prescrites par 30 ans; que cette disposition est générale et s'applique particulièrement au cas où il s'agit de nullités radicales (2) et d'ordre public ; que la prescription ainsi établie n'a pas pour effet de donner à la convention prohibée une existence légale, mais qu'elle anéantit toutes les actions tendant à en faire prononcer l'annulation.

« Attendu que la demande des consorts Ovize, envisagée soit dans ses termes, soit dans son objet essentiel, avait pour but de faire décider, préalablement à toute action en revendication, que le contrat de vente du 10 septembre 1845 était nul comme contenant une donation sous le nom de personnes interposées au profit de la congrégation des frères de Saint-Viateur, qu'en déclarant cette action éteinte par la prescription trentenaire et en

1. D. P., 80, 1, 145 ; — Sir. 79, 1, 313. V. les notes qui accompagnent cet arrêt.

2. On sait que la jurisprudence n'emploie jamais les expressions inexistence, contrat inexistant. Elle dit qu'il y a nullité radicale et d'ordre public, ce qui prête à de graves confusions, car toute nullité est radicale (*a radice*) ; c'est même ce qui la caractérise.

rejetant, par suite, les conclusions qui s'y rattachaient, l'arrêt attaqué n'a violé aucune des dispositions légales invoquées à l'appui du pourvoi... »

92. — Cet arrêt a suscité de vives polémiques et les discussions approfondies dont il a été l'objet nous dispensent d'un long examen. Nous ne saurions en approuver la doctrine ; elle repose sur une confusion de l'inexistence et de la nullité, et sa condamnation est toute entière dans l'une des phrases de l'arrêt lui-même. Comment n'a-t-on pas senti la contradiction manifeste qu'il y a dans cette proposition : « La prescription ainsi établie n'a pas pour effet de donner à la convention une existence légale, mais elle anéantit toutes les actions tendant à en faire prononcer l'annulation » ? Qu'est-ce que l'annulation d'un contrat sans existence légale ? Nous n'insistons pas sur cette contradiction que la doctrine a très bien relevée, et nous nous bornons à une simple observation qui semble ne pas avoir été faite : c'est que la solution donnée par l'arrêt est en opposition avec l'idée même qui a inspiré l'institution de la prescription.

Un fait et un droit coexistent, le droit contredit le fait : un créancier a le droit d'exiger une certaine somme, en fait le débiteur ne la paie pas. Ou bien ce sont deux droits contraires, l'un précaire, fragile, destiné à disparaître si l'autre est mis en œuvre : un acquéreur détient en vertu d'un titre annulable. Un certain temps s'écoule. La loi veut faire cesser la contradiction qui a trop duré. Elle décide que le titulaire du droit qui contredisait le

fait ou un autre droit plus faible ne peut plus l'exercer. Qu'est-ce à dire? Est-ce qu'il y a là une simple paralysie du droit, et la consécration d'un état de fait qui devient définitif? On ne saurait l'admettre. Il serait également irrationnel et de reconnaître un droit qui ne peut plus être exercé, et d'assurer une suprématie au fait sur le droit. Le législateur procède autrement : si le droit qui devait naguère triompher ne peut plus être exercé, c'est qu'il n'est plus; si le fait est inattaquable, c'est qu'il est devenu un droit; si le droit précaire ne peut être détruit, c'est qu'il est devenu définitif. Une diminution du patrimoine de celui contre qui on a prescrit, une augmentation de celui du prescrivant : en ces deux termes se résout toute prescription. Toute prescription a pour but de régulariser les situations irrégulières et non de les perpétuer. Or, c'est là ce qui était impossible dans l'espèce jugée par la Cour suprême. D'une part la congrégation n'avait pu acquérir aucun droit; un droit ne naît pas au profit de qui n'est pas légalement. On ne trouvait donc pas ici l'augmentation de patrimoine que toute prescription procure au prescrivant; on ne trouvait même pas de patrimoine. Pouvait-on prétendre du moins que le droit était éteint chez l'ancien propriétaire? Mais éteint au profit de qui puisque la congrégation n'avait pu l'acquérir? On a parlé timidement des prétentions possibles de l'État. Prétentions inadmissibles à tous les points de vue. En équité elles violeraient des volontés d'autant plus sacrées qu'elles se sont tacitement affirmées plus long-

temps. En droit, elles méconnaîtraient deux principes d'ordre public : le premier, que la propriété ne se perd pas par le non usage, le second qu'elle ne se perd que volontairement, sauf les cas d'expropriation. Le disposant n'a voulu se dépouiller qu'au profit de la congrégation ; si elle ne peut être donataire, il n'est plus donateur ; il est propriétaire si elle ne l'est pas. Et l'on se trouverait ainsi en présence de ce que nous n'avons pu admettre : un droit subsistant perpétuellement sans pouvoir être exercé, un mensonge de droit, la contradiction du fait et du droit consacrée à perpétuité par la loi. Il fallait donc reconnaître que l'action en déclaration de simulation n'avait pu être prescrite.

93. — La solution de la jurisprudence écartée, l'action en déclaration de simulation déclarée imprescriptible, il resterait à savoir si l'action en revendication était admissible après trente ans. Si elle ne l'était pas, à quoi bon affirmer l'admissibilité des autres actions ? La solution n'intéresse pas directement cette étude ; nous la donnons d'un mot, car elle se déduit aisément de ce que nous avons dit : la propriété ne se perd pas par le non usage. Si donc après trente ans aucune prescription acquisitive n'a été réalisée par un tiers, l'action en revendication est possible. Sinon nous aurions ici encore une propriété inutilisée entre les mains de son titulaire. En réalité la revendication est admissible, tant que le demandeur peut justifier de sa propriété, et il le peut tant qu'un tiers n'a pas accompli à son profit la prescription

acquisitive. Si les actions réelles ont été prévues par le législateur dans l'art. 2262, C. civ., c'est qu'il a été trompé par le délai de 30 ans ; il a songé seulement à l'hypothèse où durant les années d'inaction du propriétaire un détenteur capable a possédé le fonds d'une façon continue, et il a pensé qu'après 30 ans ce détenteur serait devenu propriétaire (1).

1. V. Exp. des motifs par Bigot-Préameneu. Fenet, t. XV, p. 590-591. Aub. et Rau, t. VIII, p. 429. — *Contrà*, Beudant : note insérée au Rec. pér. de Dalloz sous l'arrêt de 1879 et les autorités qu'il cite ; Robinet de Cléry : Conclusions dans l'affaire des consorts Ovize.— Enfin, M. Laurent a soutenu les deux opinions dans son ouvrage. V. d'une part, t. VI, n° 166; t. XXVI, n° 207; d'autre part, t. XXXII, n°s 367 et 383.

## CHAPITRE III.

### DE LA PREUVE DE LA SIMULATION

94. — Les parties qui dissimulent leurs intentions ont un intérêt à les cacher ; nous savons qu'il est très souvent illégitime. Elles s'ingénieront à épaissir autant que possible le voile qui couvre leur volonté.

Le législateur a dû se préoccuper tout spécialement de la difficulté que les tiers auraient à prouver la simulation. Aussi ne leur a-t-il pas seulement permis de puiser aussi largement que possible dans l'arsenal des preuves ordinaires ; il a, en certains cas, accordé des moyens extraordinaires, des présomptions légales. Il y a donc deux sortes de preuves de la simulation : les preuves de droit commun, les présomptions légales.

### Section I.

#### Preuves de droit commun

95. — Une personne soutient que tel acte qu'on lui oppose est simulé.

Un premier point est certain. Si l'acte est relaté dans un écrit authentique, et si d'ailleurs elle n'attaque pas

la véracité des faits constatés personnellement par l'officier public, elle n'a pas besoin de recourir à l'inscription de faux (1).

96. — Il n'y a pas de difficultés non plus en ce qui concerne la preuve littérale, l'aveu et le serment. Ces moyens de preuve sont admissibles en tous les cas, quel que soit le demandeur. L'aveu et le serment méritent l'un et l'autre une observation. On applique ici les règles de l'indivisibilité de l'aveu : si le défendeur reconnaît que la cause d'un contrat est fausse, et indique en même temps la cause réelle, son adversaire ne peut scinder cette double déclaration (2). Quant au serment, il trouvera ses plus importantes applications dans le fidéicommis tacite d'interposition de personne. Une personne est instituée légataire par un testateur, et les héritiers légitimes, par exemple, soutiennent qu'en réalité la libéralité est destinée à un tiers incapable de la recevoir, pour prendre l'exemple ordinaire, à une congrégation religieuse non autorisée. Ils peuvent déférer le serment au prétendu légataire, et le refus de serment établira la simulation. Mais ce qui est intéressant à retenir, c'est qu'aux termes d'une doctrine et d'une jurisprudence à peu près unanimes, on peut faire porter le serment sur la question de savoir si, en dehors même de

1. *Sic* la jurisprudence et tous les auteurs. Cass. 24 janv, 1881. Sir. 81, 1, 404 ;— Cass. 12 déc. 1882. D. P. 83, 1, 292 ;— Cass. 26 juin 1883. Sir. 84, 1, 367.

2. Cass. 12 mai 1885. D. P. 86, 1, 175 ; — Trib. Seine, 13 janv. 1887. Loi du 21 janv. 1887.

tout mandat donné par le testateur au légataire apparent, celui-ci, sans avoir pris d'engagement à cet égard, n'a pas l'intention de remettre le legs à un incapable, en nature ou en équivalent, en tout ou en partie, actuellement ou dans l'avenir (1). Cette rigueur peut-être excessive, a été inspirée aux tribunaux par la crainte des scrupules des légataires, qui, sans que le législateur le leur eût fait savoir, croyaient comprendre que le legs ne leur était pas destiné.

97. — La preuve testimoniale et la preuve par présomptions — qu'il ne faut pas séparer, nous l'établirons — ne sont admissibles que suivant certaines distinctions. Nous reprendrons ici les divisions du chapitre précédent.

### § I. — *Le conflit s'élève entre les auteurs de la simulation.*

98. — L'art. 1341 donne une solution formelle : « Il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 150 francs ».

On aperçoit la raison de cette règle : les parties qui rédigent un écrit n'ont qu'à le rédiger sincère ; du moins,

1. Martin, p. 201 et les arrêts qu'il cite. — V. Nîmes, 14 janv. 1874. Sir. 74, 2, 174.

si elles désirent déguiser leur volonté, celle qui veut se réserver de l'établir peut se ménager une contre-lettre (1). La loi n'est dure que pour les héritiers ou pour le mandant de l'auteur de la simulation ; ils pâtissent des négligences de ce dernier. Mais elle ne fait aucune différence entre eux et leur auteur ou mandataire (2).

99. — L'art. 1341 comporte diverses exceptions.

La preuve testimoniale doit être admise d'abord s'il y a un commencement de preuve par écrit (art. 1347 § 1) (3).

100. — Elle est toujours admissible en matière commerciale. C'est la tradition ; c'est aussi, d'après l'interprétation générale (4), la disposition de l'art. 109 c. co. qui laisse au juge la liberté d'admettre ou de repousser tous les moyens de preuve. L'art. 1341, d'ailleurs, réserve les règles spéciales au commerce. Et lorsque la loi commerciale veut exclure la preuve testimoniale, elle le dit expressément (v. art. 41, c. co).

101. — L'art. 1341 n'est pas applicable non plus si la partie qui demande à établir la simulation n'a pu s'en réserver une preuve écrite (art. 1348 c. co.). Les applications les plus intéressantes de cette idée se font au cas où la simulation a été arrachée par dol ou violence, et où

1. Trib. Tournai, 20 déc. 1878. Pasicr. belge, 1879, 3, p. 199.
2. Bonnier, t. I, n. 142.
3. Montpellier, 8 fév. 1876. Sir. 76. 2. 295.— Cass. 30 juin 1879. D. P. 79, I, 413.
4. V. not. Aub. et Rau. t. VIII, p. 325 ; — Cass. 11 mars 1879, D. P. 79, I, 401.

la partie demanderesse a été dans l'impossibilité *morale* de se ménager une preuve écrite, à raison, par exemple, de sa situation vis-à-vis de l'autre partie.

102. — Enfin il faudra admettre la preuve testimoniale lorsque la simulation contient une fraude à une loi d'ordre public. C'est ainsi que l'une des parties pourra établir contre l'autre qu'une créance, en apparence régulière, dissimule en réalité un prêt usuraire, et d'une façon plus générale que la cause licite exprimée au contrat cache une autre cause illicite. Cette proposition est conforme aux principes généraux du droit ; on ne saurait admettre qu'il y ait un moyen quelconque, direct ou indirect, d'échapper à une loi d'intérêt général. Elle est conforme également aux déclarations formelles de Bigot Préameneu et de Jaubert dans les travaux préparatoires (1). D'ailleurs — et c'est notre dernier argument — la loi ne sépare pas la preuve testimoniale des présomptions, ces deux preuves coexistent toujours. Or personne ne doute que les présomptions ne soient admises pour établir une fraude

1. Bigot Préameneu : « On doit observer que cette exclusion de la preuve testimoniale ne s'étend pas au cas de fraude. »

Jaubert : « La fraude et le dol ne se présument pas, mais celui qui les allègue doit être admis à pouvoir les prouver par témoins ; car si la fraude ne se présume pas, ceux qui la commettent ne manquent pas d'employer tous les moyens pour la cacher. La morale publique exige donc que la preuve testimoniale soit admise dans cette matière, et c'est là que le juge doit pouvoir faire usage de toute sa perspicacité pour pénétrer tous les replis de l'homme artificieux. » (Locré, T. XII, p. 407 et 534).

à la loi (1). Il est vrai que l'on a contesté (2) la nécessité de cette coexistence de la preuve testimoniale et des présomptions, et tiré un argument très-spécieux de l'art. 1353 : « Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat qui ne doit admettre que des présomptions graves, précises et concordantes, et dans les cas seulement où la loi admet les preuves testimoniales, à moins que l'acte ne soit attaqué pour cause de fraude ou de dol. » M. Devilleneuve fait remarquer que ce texte suppose formellement que les présomptions seront admissibles dans un cas où la preuve testimoniale ne le sera pas. Si l'on s'en tenait au texte, l'argument serait sérieux ; mais peut-on l'isoler des discussions qui l'ont précédé et qui l'éclairent si complètement? C'est à propos de cet article que Jaubert exposait la nécessité d'armer le juge contre la fraude. Dès lors il faut bien reconnaître que le législateur a mal exprimé sa pensée, mais cette pensée n'est pas douteuse.

103. — Concluons donc que la simulation peut être établie par les parties au moyen de la preuve testimonale ou des présomptions lorsqu'elles allèguent une fraude à la loi (3). Nous venons de voir l'une des consé-

1. Cass. Ch. réunies, 7 mai 1836. Sir. 36, 1, 574; — Cass. 27 juillet 1874. Sir. 74, 1, 15; — Lyon, 10 janvier 1883. D. P. 83, 2, 231; — Cpr. Cass. 30 nov. 1885. Sir. 86, 1, 316.

2. V. une longue note de M. Devilleneuve sous l'arrêt des Chambres réunies du 7 mai 1836.

1. V. Cass. 19 décembre 1884. D. P. 85, 1, 427.

quences de cette idée. En voici une autre (1). Étant donné que les donations déguisées sont nulles comme ne réunissant pas les conditions exigées par une loi d'ordre public, comme faites par conséquent en fraude de cette loi, nous sommes amenés à décider que les parties elles-mêmes seront admises à prouver le déguisement d'une donation par la preuve testimoniale. Il semble que la jurisprudence qui admet la validité des donations déguisées, doive professer une doctrine contraire à la nôtre en ce qui touche la preuve, toutes les fois du moins qu'on n'allègue aucune fraude à la réserve ou aux règles de capacité. Mais une erreur en appelle une autre. Il est en effet décidé par une jurisprudence constante que l'inexistence du contrat onéreux peut être établie par tous les moyens et cela même lorsque la partie demanderesse est l'auteur de la simulation (2). Le motif que donnent les arrêts est étrange : « Attendu que la loi n'a soumis à aucune règle spéciale la preuve de l'existence des donations déguisées ; que dès lors la preuve qu'un acte en apparence à titre onéreux n'est qu'une libéralité dégui-

1. Une décision toute récente en révèle une intéressante. « La preuve testimoniale est admissible pour établir qu'une obligation souscrite au profit d'une femme a eu en réalité pour objet de la payer de ses complaisances et de mettre un terme aux menaces qu'elle adressait au souscripteur de l'obligation dans le but de l'amener à continuer leurs relations, une telle obligation étant nulle comme ayant en réalité une cause illicite. » (Agen, 7 juillet 1886. Sir. 86, 2, 189). Nous n'insistons pas sur la distinction, qui n'est pas faite, de la preuve de la simulation et de la preuve de l'acte réel.

2. Cass. 3 juin 1863. Sir. 64, 1, 269 ; et 12 avril 1865. Sir. 66, 1, 357.

sée peut être faite par témoins et même par simples présomptions.... » La conclusion est assurément mal déduite ; de ce que la loi n'a, et cela est incontestable, soumis à aucune règle spéciale la preuve de la dissimulation d'une donation, la jurisprudence qui reconnaît la régularité de cette dissimulation ne pouvait conclure qu'une chose : c'est que la règle générale de l'art. 1341 était applicable.

§ II. — *Le conflit s'élève entre une partie et un tiers.*

104. — La preuve testimoniale est mise à la disposition des tiers qui veulent prouver la simulation contre une partie. Ils sont, en effet, dans la situation prévue par l'art. 1348 C. civ., et n'ont pu se ménager une preuve écrite. C'est par application de cette règle que lorsque le mari a vendu l'un de ses propres en portant dans l'acte de vente une somme supérieure au prix réellement stipulé, pour se ménager une créance exagérée de récompense, la femme, tiers au contrat, peut établir la simulation par témoins ou par présomptions.

Lorsque c'est une partie qui veut prouver la simulation contre un tiers, il faut distinguer. Elle ne peut faire cette preuve que dans deux cas : le cas de fraude à la loi, et celui où le tiers est de mauvaise foi, c'est-à-dire a connu la convention secrète et n'a pu être trompé par l'acte apparent. Dans l'hypothèse de mauvaise foi du tiers,

la partie ne pourra prouver la simulation que par écrit. Une controverse dont nous allons avoir à parler révèle, il est vrai, chez certains auteurs, une tendance à croire que l'art. 1341 n'est pas fait pour les rapports des parties et des tiers ; mais le texte est absolument général et la raison indique que si l'une des parties a le droit d'exiger de l'autre une preuve écrite, ce droit existe *a fortiori* chez un tiers. Dans le cas au contraire de fraude à la loi, la preuve testimoniale doit être admise.

105. — Cette dernière hypothèse est intéressante à étudier lorsqu'il s'agit d'un héritier qui conteste la sincérité de la date du testament de son auteur. Il est partie à l'acte, et son adversaire, le légataire, est un tiers relativement à cet acte unilatéral. De réelles difficultés et des confusions bizarres se produisent dans la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'il s'agit de déterminer les moyens de preuve dont l'héritier pourra disposer.

La jurisprudence se prête assez mal à l'analyse. Voici autant qu'on peut les dégager les principes dont elle s'inspire.

Lorsque l'on argue que le testament est *tout entier* le résultat de la fraude, ou a été arraché par dol ou captation, la preuve testimoniale est admissible (1).

Il faut également se montrer assez large lorsque le testament fournit lui-même la preuve de la fausseté d'une partie de la date (2).

1. Toulouse, 9 déc. 1867. Sir. 68, 2, 1 ; — Cass. 21 août 1876. Sir. 77, 1, 157 ; — Cass. 20 juillet 1886. Sir. 86, 1, 412 ; — Cpr. Lyon, 26 mars 1885. Loi des 20-21 juillet 1885.

2. Cass. 8 janv. 1879. Sir. 79, 1, 165, et sous cet arrêt, Caen, 16 janv.

Hors ces cas, s'il s'agit de contester une date complète, un certain nombre d'arrêts avaient admis que pour attaquer la sincérité de la date, il fallait prendre la voie de l'inscription de faux (1).

Mais une décision assez récente de la Cour de Cassation, laisse entendre qu'elle ne s'attache pas bien sérieusement à cette idée qui lui paraît hypothétique et non point démontrée (2).

Le seul principe auquel elle semble tenir, c'est qu'en règle générale, on ne peut prouver la fausseté de la date que par des moyens de preuve tirés *ex ipsomet testamento et non aliundè* (3).

Ce principe, que les arrêts ne justifient jamais, ne nous semble pas exact. La preuve de la fausseté de la date peut être administrée par témoins ou présomptions. Le testament olographe est en effet un acte solennel, et toute loi qui impose des formes déterminées est une loi

1877. Ces arrêts pas plus que les autres ne distinguent la date fausse de la date inexacte, et c'est pourquoi nous croyons pouvoir les citer, bien qu'en réalité ils aient peut-être trait surtout à la date inexacte.

1. Toulouse.9 déc. 1867,et Cass. 21 août 1876,précités.— La règle qui protège jusqu'à inscription de faux une date complète, ne s'applique pas à une fraction de date. Lyon, 25 juin 1875. Sir. 76, 2, 55.

2. Cass. 21 août 1876. Sir. 77, 1, 157.

3. Nancy, 14 fév. 1880. Sir. 80, 2, 238. Cet arrêt donne une solution curieuse. On ne saurait puiser une preuve dans le fait que le testament porte un contre-timbre indicatif d'une augmentation de droits qui n'ont été établis que par une loi postérieure à la date du testament, si le filigrane établit que l'émission du papier est antérieure à cette date, et s'il n'est pas matériellement impossible que le contre-timbre ait été apposé après la confection du testament.—V. aussi Cass. 11 janv. 1886. Sir. 86, 1, 337.

d'ordre public, elle est certainement une de celles auxquelles l'art. 6 du C. civ. interdit de déroger. Lors donc que la date exprimée n'est pas sincère, il y a fraude à une loi d'ordre public, et semblables fraudes se peuvent établir par tous moyens. M. le procureur général Faider, dans les conclusions déjà citées, avait raison de dire en parlant du système de la jurisprudence française : « Nous ne voyons pas pourquoi on refuse à un héritier, certain de réussir, la faculté de prouver par témoins une antidate infectée de ce qu'on qualifie de *mensonge, d'immoralité et de fraude à la loi.*

106. — M. Laurent admettrait volontiers notre solution, quoique pour d'autres motifs qui nous semblent moins juridiques, et auxquels nous renvoyons. Mais il est même beaucoup plus radical. Il estime que l'art. 1328 du C. civ. peut être invoqué par les héritiers légitimes, dispensés par conséquent de prouver la simulation, et se contentant de méconnaître la date (1). Il oublie que l'art. 1328 n'a pas été édicté pour protéger les héritiers ou successeurs universels, mais seulement au profit des tiers.

### § III. — *Le conflit s'élève entre deux tiers.*

107. — La preuve de la simulation n'est ici non plus

1. Laurent, t. XIII, n° 240 et s. On y trouvera une longue réfutation des objections faites à l'application de l'art. 1328, réfutation qui n'a pas lieu de nous arrêter, car on ne trouve pas parmi ces objections celle que nous faisons au texte.

possible que s'il y a eu fraude à la loi ou si le tiers défendeur, connaissant la contre-lettre, était de mauvaise foi. Dans les deux cas le demandeur étant un tiers, la preuve testimoniale est admissible.

---

108. — Il est enfin une hypothèse qui ne rentre exactement dans aucune de celles-ci. Un bien propre de l'un des époux, a été aliéné pour un prix supérieur à celui qui est constaté dans l'acte de vente. Au moment de la liquidation, cet époux, qui a été nécessairement partie à la vente, demande à établir que la communauté a reçu plus que le prix porté à l'acte et doit par conséquent une récompense supérieure à ce prix. Pourra-t-il prouver par témoins la simulation ?

Si c'est la femme qui est créancière de récompense, l'affirmative est admise par la jurisprudence qui en donne une raison, selon nous, satisfaisante : la femme a été dans l'impossibilité morale à raison de la très grande influence que le mari a pu exercer sur elle, de se réserver une preuve écrite ; il y a lieu par conséquent d'appliquer l'art. 1348 (1).

S'agit-il au contraire du mari ? La jurisprudence paraît vouloir appliquer purement et simplement l'art. 1341 et il est certain que l'on peut dans tous les cas reprocher au mari de ne s'être pas ménagé une contre-lettre (2).

1. Trib. Luxembourg, 27 fév. 1878. Pasicr. luxemb., 78, p. 441.

2. Douai, 28 avril 1851. Sir. 52, 2, 369. — Cass. 18 janvier 1875. Sir. 76, 1, 5. Ces arrêts ne statuent pas sur les droits du mari mais ils semblent bien ne faire d'exception à l'art. 1341 que pour la femme.

Néanmoins beaucoup d'auteurs décident que la preuve testimoniale devra être admise. Le mari, disent-ils, agit ici contre la communauté qui est un tiers au contrat, et l'art. 1341 ne règle que les rapports des parties entre elles (1). Ce qu'il cherche d'ailleurs à établir, c'est moins le prix de l'immeuble que le fait matériel du versement d'une certaine somme dans la communauté. Or, les faits matériels, les faits purs et simples, comme on les appelle quelquefois, peuvent être établis par témoins ou présomptions (2). — Nous préférons les solutions de la jurisprudence. Ce serait une question intéressante que de savoir si la communauté peut, au point de vue où nous nous plaçons, être considérée comme un tiers. Mais l'examen en est inutile, car nous ne voyons aucune raison de restreindre l'application de l'art. 1341 aux rapports des parties, et les auteurs ne nous en apportent aucune. Le texte ne distingue pas ; sa raison d'être est la même, que l'adversaire soit une partie ou un tiers. La différence que l'on essaie de faire entre la preuve du prix exact de l'immeuble vendu et la preuve du versement d'une certaine somme dans la communauté ne se concevrait que si la communauté était un être réel ayant pu recevoir autre chose que le prix ; mais il ne saurait être question pour elle d'un versement matériel d'espèces, ce qui lui

1. Bufnoir cité par Martin qui adopte la même solution, p. 219. — Cfr. Pont, Rev. crit., t. II, 655 et s.

2. Laurent, t. XXII, nº 462 et s. — Cfr. Aubry et Rau, t. V, p. 357, n. 9.

est versé, ce qu'elle touche, c'est le prix, par cela seu que c'est le prix. La preuve du versement ne peut êtr e isolée de la preuve du prix ; l'une entraîne l'autre.

## Section II

### Présomptions légales de simulation.

109. — La loi vient, en certaines occasions, au secours du demandeur en le dispensant de prouver la simulation. Nous avons donné les motifs de cette rigueur du législateur à l'endroit d'une combinaison très souvent frauduleuse ; il nous reste à rechercher quelles sont les présomptions légales.

On les trouve dans quatre dispositions du Code : présomption d'interposition de personnes : art. 911 et 1100 ; — présomption de simulation dans la nature d'un contrat : art. 918 ; — présomption de date simulée : art. 1328.

Il est, à cet égard, moins rigoureux que l'ancien droit, où ces présomptions étaient plus nombreuses.

110. — C'est ainsi que les donations entre concubins, jadis défendues, étant aujourd'hui permises (1), il a dû renoncer à l'ancienne présomption qui annulait comme

1. On a, il est vrai, soutenu que ces sortes de donations étaient nulles pour cause illicite (art. 1133). Cette opinion reposait sur une confusion entre la cause et le motif ; elle est aujourd'hui abandonnée : du moins elle comporte des tempéraments sérieux. On peut citer une décision récente qui prononce la nullité dans une hypothèse intéressante. Agen, 7 juillet 1886. Sir. 86, 2, 189.

déguisant des libéralités prohibées les contrats à titre onéreux passés entre personnes vivant en concubinage, ou tenait pour faites au concubin lui-même les libéralités faites à ses descendants.

111. — On s'est demandé si le Code n'avait pas implicitement consacré une autre présomption de simulation, qui du droit romain serait arrivée jusqu'à nous par une tradition constante. Le texte fondamental qui l'établissait à Rome est ainsi conçu : « *Quintus Mucius ait, quum in controversiam venit unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est, quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro, aut qui in potestate ejus esset, ad eum pervenisse. Evitandi autem turpis quæstus gratiâ circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse* » (1). Les interprètes du droit écrit ont donné de ce texte deux traductions différentes. Les uns, les plus nombreux, considéraient que le mari est propriétaire des biens acquis par la femme. Les autres attribuaient la propriété à la femme, qui était seulement soumise à une action en répétition (2). Cette seconde interprétation, conforme à plusieurs textes du Digeste, paraît la plus exacte (3). Dans tous les cas la présomption Mucienne est susceptible de preuve contraire.

Marcadé a contesté qu'il fut intéressant de savoir si

1. L. 51. *De don. int. vir. et ux.* XXIV. 1.

2. Voir sur ce point Teissier. Traité de la dot, t. I, p. 205-206 notes (Paris, 1835, 2 vol.).

3. V. un article de M. Valabrègue. Rev. prat., t. XLII, p. 45.

cette présomption est passée dans notre droit moderne. « Le juge, dit-il, n'en arrivera pas moins au même résultat : l'adversaire de la femme soutenant que le prétendu achat de la femme n'est qu'une libéralité déguisée du mari, et dès lors il y aura lieu à la preuve testimoniale et aux présomptions de fait. Si donc la femme ne peut pas expliquer *unde habuit*, ce fait joint aux autres circonstances de l'affaire suffira pour la faire condamner (4).

Cette proposition revient à dire qu'il est indifférent pour la femme d'avoir ou de n'avoir pas à prouver l'origine des deniers qui ont servi à l'acquisition, et Marcadé avoue lui-même qu'il faudra bien, si la présomption n'existe pas, établir que les circonstances de fait font présumer que la femme a acquis des deniers du mari.

Pour soutenir que la présomption Mucienne est encore applicable aujourd'hui, on peut raisonner ainsi : Cette présomption est un des traits distinctifs du régime dotal ; elle n'était pas discutée dans les pays du droit écrit. On a voulu donner satisfaction à ces pays, on leur a conservé le régime dotal ; rien n'autorise à penser qu'on ait voulu le dénaturer. Tout porte même à croire le contraire. Ainsi l'art. 1402 rappelle un principe : que tout immeuble est réputé acquêt ; or, cette règle est empruntée à l'ancien droit, qui la justifiait par la loi *Quintus Mucius*, lorsque l'acquisition est faite par la femme, c'est Lebrun qui l'affirme. On la retrouve également dans les art. 559,

4. Marcadé, t. VI, sur les art. 1530-1532, p. 7.

560 et 562 du code de commerce, et enfin dans des dispositions spéciales de la loi du 5 septembre 1807 (art. 2 et 4) considérant, jusqu'à preuve contraire, que les meubles garnissant l'habitation d'un comptable ou les immeubles acquis à titre onéreux par sa femme depuis la nomination sont la propriété du mari. La loi *Quintus Mucius*, ajoute-t-on, avait été acceptée avec empressement par les pays de coutumes, parce qu'elle était un obstacle de plus au déguisement des libéralités entre les époux ; le législateur est resté défiant à l'endroit de ces libéralités. Enfin la raison de cette loi est de tous les temps : les susceptibilités du mari et les délicatesses de l'honnêteté publique refuseraient également d'admettre que la femme a pu acquérir des biens autrement qu'avec les deniers de son conjoint.

Cette opinion doit être repoussée. La présomption Mucienne est si peu l'un des traits caractéristiques du régime dotal, que ceux qui croient à son existence l'étendent à tous les autres régimes, détruisant ainsi eux-mêmes leur première objection. L'argument de l'art. 1402 se réfute d'une façon assez semblable : la raison d'être de ce texte est si peu dans la présomption Mucienne, qu'il est applicable aux acquisitions du mari. Les textes du code de commerce sont-ils plus décisifs ? Moins encore. La loi *Quintus Mucius* avait été édictée dans le but de sauvegarder la dignité du foyer domestique : ces textes veulent éviter un préjudice aux créanciers et une collusion entre les époux. Et enfin s'il faut s'occuper de la loi de 1807, ce sera

pour faire observer que la présomption qu'elle édicte n'exerce son empire que pendant la durée des fonctions, et que, établie dans un but fiscal, elle a voulu seulement prévenir les fraudes des époux à l'endroit du Trésor.

La question reste donc entière : aucune de ces décisions n'est inexplicable en dehors de la présomption Mucienne ; et il ne faut pas oublier que nous sommes en face d'une règle qui dérogerait à tous les principes de notre droit en matière de preuve. Pour une exception aussi grave, il faudrait un texte formel. Il n'y en a pas.

La solution que nous adoptons est admise par la plupart des auteurs (1). La jurisprudence a, jusqu'à ces derniers temps, appliqué la présomption Mucienne. C'est ainsi que la Cour d'Aix a décidé que les prêts faits par la femme sont présumés faits avec les deniers du mari, à moins que la femme ne prouve que ces deniers lui appartenaient en propre et étaient demeurés libres entre ses mains (2). Mais un revirement semble se produire ; un arrêt récent de la Cour d'Agen décide que ces mêmes prêts ne sont pas réputés faits à l'aide des deniers du mari (3).

1. Aubry et Rau, t. V. § 531, p. 511, n. 3 ; Laurent, T. XXIII, n. 416.— *Contrà* : Duranton. T. XV, n. 265 ; Troplong. C. de mariage, T. IV, n. 3017 et s.

2. Aix, 10 juillet 1869. Sir. 72, 2, 175. — Cfr. Cass. 22 janv. 1877. Sir. 77, 1, 148.

3. Agen, 30 janv. 1882. Sir. 83, 2, 223.

Quand on applique dans notre droit la présomption Mucienne, on doit se demander si la femme est l'acquéreur ou le prêteur véritable, sauf restitution des sommes fournies par le mari — ou bien si c'est le mari lui-même qui est acquéreur ou prêteur. La question a divisé les auteurs et surtout la jurisprudence ; nous l'avons résolue par avance en indiquant plus haut quel était, suivant nous, le sens de la loi *Quintus Mucius*. Nous avons dit qu'à nos yeux elle soumettait simplement la femme à une action en répétition. Cette solution est conforme, non-seulement aux textes du droit Romain, mais au bon sens qui répugne à admettre qu'un tiers à l'acte en recueille les bénéfices ou en supporte les obligations. C'est, du reste, l'opinion qui avait prévalu en jurisprudence (1).

Cette jurisprudence écartait la présomption Mucienne en certaines hypothèses. Leur détermination donne lieu à des difficultés d'autant moins intéressantes à étudier pour nous, que nous considérons la loi romaine comme abrogée. Deux cependant nous ont paru mériter l'attention, tant par leur importance que par l'accord relatif des auteurs et des arrêts sur la solution donnée. La loi Mucienne était déclarée inapplicable : 1° lorsque le mari avait figuré dans l'acquisition, soit comme co-acquéreur, soit pour autoriser sa femme (2) ; 2° lorsque la femme exerçait un commerce séparé (3).

1. V. le tableau de la jurisprudence dans l'acte précité de M. Valabrègue.

2. Aix, 10 juillet 1862. Sir. 63, 2, 9.

3. Troplong. Contrat de mariage, T. IV, n. 3017. — Cfr. Riom, 23 mars 1881. D. P. 83, 2, 17.

Toujours dans ce système, il resterait à rechercher quelles personnes peuvent se prévaloir de la présomption ; mais nous n'avons pas à suppléer au silence des partisans d'une théorie que nous repoussons.

112. — Nous restons, quant à nous, en présence de quatre présomptions légales :

Deux relatives à l'interposition de personnes : celles des art. 911 et 1100 ;

Une relative à la nature du contrat : art. 918.

Une relative à la date : art. 1328.

Nous allons les étudier, en négligeant pour les deux premières le détail de controverses épuisées, où nous serions réduits à répéter ce qui a été dit par tous les auteurs.

## § I.

*Présomption d'interposition de personnes* (art. 911 et 1100).

113. — Toute donation par personne interposée est inexistante.

La jurisprudence et certains auteurs ne donnent point cette solution comme principe général ; mais ils admettent la nullité lorsque le destinataire de la libéralité est incapable de recevoir ; certains arrêts et une grande partie de la doctrine l'admettent même dans tous les cas, s'il s'agit de donations entre époux.

Dans tous les systèmes il est fort intéressant d'établir la simulation, soit pour faire tomber la libéralité, soit, si elle est valable, pour soumettre par exemple au rapport celui qui l'a reçue.

114. — La loi a facilité cette preuve dans les art. 911 et 1100 en présumant en certains cas l'interposition. Les motifs des deux textes sont semblables. La loi craint qu'on ne se serve de l'intermédiaire d'un tiers pour faire parvenir la libéralité à une personne donnée. Mais quels intermédiaires sont plus commodes et plus sûrs que les personnes unies au donataire par des liens étroits d'affection, de parenté, de dépendance et souvent d'intérêt? La loi a donc suspecté ces personnes et établi contre elles une présomption de fraude.

Telle a été même la préoccupation du législateur qu'il n'a pas permis aux parties de justifier de la régularité de l'opération. En d'autres termes les art. 911 et 1100 établissent des présomptions irréfragables, *juris et de jure*.

115. — L'art. 911 prévoyant le danger d'une donation par personne interposée à certains incapables décide que « seront réputés personnes interposées les père et mère, les enfants et descendants et l'époux de la personne incapable. »

Et l'art. 1100 voulant prévenir le même danger pour les donations excessives entre époux dispose de son côté, que « seront réputées faites à personnes interposées les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des

enfants de l'autre époux issu d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire. »

116. — Ces textes ont donné lieu à d'assez nombreuses controverses dans le détail desquelles il est inutile, nous l'avons dit, d'entrer.

Nous tiendrons pour certaines les solutions suivantes sur lesquelles l'accord est à peu près fait.

Dans nos deux textes, il faut interpréter strictement les termes de la loi, mais il faut leur donner toute leur portée. C'est ainsi que si par le mot époux on ne doit pas entendre le concubin ou le fiancé, il faut par les mots « enfants et descendants », entendre non seulement la postérité légitime, mais la postérité adoptive ou naturelle (1). Seulement on observera que pour cette dernière, la présomption d'interposition s'arrête au premier degré. La loi ne considère pas qu'il y ait aucun rapport entre les enfants naturels d'un enfant naturel et le père de ce dernier ; que si ces enfants sont légitimes, un cer-

1. Cela est vrai pour la postérité naturelle alors même que la reconnaissance n'a lieu que postérieurement à la libéralité, postérieurement même au décès du disposant. Ainsi la mère naturelle est réputée personne interposée, au regard des dispositions faites par le père naturel, quoique la libéralité soit testamentaire et qu'elle n'ait reconnu l'enfant qu'après le décès du père. V. Cass. 30 janv. 1883, Sir. 83, 1, 193. (Note de M. Labbé) ; Paris, 9 février 1882 et Cass. 22 janvier 1884. Sir. 84, 1, 227.

tain lien les unit au père de l'enfant naturel, mais il nous paraît trop faible pour y attacher les très-graves conséquences des art. 911 et 1100.

Les présomptions d'interposition sont inapplicables si l'incapacité est survenue après la libéralité. L'art. 911 sera par conséquent inapplicable aux donations faites avant la dernière maladie du donateur au fils du médecin qui l'a soigné durant cette maladie. Et l'art. 1100 aux donations faites par l'un des conjoints au père de l'autre avant le mariage.

Elles cessent aussi de s'appliquer lorsqu'il y a impossibilité absolue que l'incapable profite de la libéralité faite à l'une des personnes présumées interposées. C'est ce qui a lieu :

Lorsque la donation entre-vifs faite à l'une des personnes suspectes n'est acceptée et parfaite qu'après le décès de l'incapable.

Lorsque l'incapable est déjà mort lors de la disposition entre-vifs, ou est prédécédé au testateur et que d'ailleurs le disposant, ayant eu connaissance de ce décès, ne peut imaginer que la libéralité profitera à celui que la loi suppose en être ordinairement le véritable destinataire. Toutefois cette dernière règle comporte une grave exception. La loi a en effet établi certaines incapacités à raison des captations ou abus d'influence qu'elle a craint de la part des incapables. C'est le cas pour le médecin, le ministre du culte, le tuteur. Lorsque la présomption d'interposition aboutirait à faire reconnaître légataire l'une

de ces personnes, leur décès survenant après la confection du testament, mais avant la mort du testateur, ne valide pas la libéralité : la volonté du disposant a été entachée dès l'origine d'un vice indélébile.

Enfin — règle spéciale à l'art. 911 — ce texte n'est applicable qu'aux incapacités prévues dans la chapitre II du Titre *Des donations entre-vifs et des Testaments*. Il ne l'est ni aux incapacités absolues, ni aux incapacités relatives édictées par les articles 975 et 997 contre les clercs de notaire et les officiers du vaisseau dans le cas de testament reçu en mer.

### § II. — *Présomption de simulation dans la nature d'un contrat.*

117. — Le seul exemple que nous en trouvions dans le Code civil nous est fourni par l'art. 918.

« La valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit, à l'un des successibles en ligne directe, sera imputée sur la portion disponible ; et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse. Cette imputation et ce rapport ne pourront être demandés par ceux des autres successibles en ligne directe, qui auraient consenti à ces aliénations, ni, dans aucun cas, par les successibles en ligne collatérale. »

118. — Cette disposition est nouvelle et son origine est dans le droit intermédiaire. L'ancien droit appliquait le

droit commun et considérait l'acte comme sincère et valable tant que la preuve de la simulation n'était pas faite. L'art. 26 de la loi du 17 nivôse an II, au contraire, édictait la nullité des aliénations à fonds perdu ou à charge de rente viagère, et cela à la seule condition que la disposition eût été faite au profit d'un héritier présomptif. Disposition empreinte de l'exagération qui caractérise les lois de cette époque où l'on défendait d'avantager l'un quelconque des successibles au détriment des autres. La crainte de ces avantages avait amené logiquement le législateur à frapper impitoyablement la fraude partout où il la soupçonnait.

Au Conseil d'Etat, Maleville soutint le système du droit intermédiaire ; Portalis, avec plus de raison, demandait l'application du droit commun. On s'arrêta enfin à un système intermédiaire et transactionnel. Mais l'on n'adopta pas tout de suite la rédaction actuelle de l'art. 918 ; nous verrons l'intérêt qui s'attache à cette constatation.

119. — Quoiqu'il en soit, l'article prévoyant certaines aliénations faites à certaines personnes présume qu'il y a une simulation dans la nature du contrat, que le caractère onéreux dont on l'a recouvert en tout ou en partie est mensonger, qu'en un mot il y a une libéralité pure et simple. Cette présomption est motivée par le caractère de l'aliénation, qui est particulièrement suspect, et par la qualité du co-contractant qui est de nature à faire présumer la fraude. Nous y reviendrons.

Nous savons déjà qu'étant donné ce caractère de libéralité, la loi aurait dû prononcer la nullité, — ou tout au moins exiger le rapport de cette donation. Le texte au contraire maintient la libéralité et la dispense de rapport ; la raison d'être de cette décision a été indiquée dans la controverse sur la validité des donations déguisées : la loi a craint que sa présomption ne fût pas toujours justifiée et n'a pas voulu faire tomber l'acte.

120. — Remarquons que la loi se place dans l'hypothèse où les intéressés n'ont pas établi le caractère gratuit de l'opération. Lorsqu'ils prouvent la simulation, il faut appliquer les règles du droit commun et donner les solutions que l'on donnerait pour une donation déguisée quelconque (1).

On peut aussi établir comme un principe aujourd'hui incontesté que la présomption de l'art. 918 est irréfragable et n'admet pas la preuve contraire.

Les seules questions qui se posent ont trait aux caractères que doit revêtir l'aliénation et à la qualité de l'acquéreur présumé donataire.

121. — I. Les caractères de l'aliénation d'abord. — Elle doit être « à charge de rente viagère, à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit. » On est d'accord pour reconnaître l'erreur de terminologie de la loi qui semble présenter les aliénations à fonds perdu et les aliénations à

1. Cela n'est pas, il est vrai, dit expressément dans le texte, mais quelle raison y aurait-il de dispenser du rapport une donation certaine, prouvée ?

charge de rente viagère comme des opérations distinctes. Mais la pensée est très claire. Elle a pensé que les arrérages de la rente, et plus généralement les prestations convenues, ne seraient pas payés dans ces sortes de ventes, étant donné les liens de parenté qui existent entre le disposant et les acquéreurs. Cela était surtout à craindre dans les ventes avec réserve d'usufruit, où la situation du prétendu vendeur n'étant modifiée en rien ou à peu près, on peut présumer qu'il aura aisément consenti à abandonner sans compensation ce droit presque purement nominal si justement appelé la nue-propriété.

122. — Ceci posé, le texte est certainement applicable lorsqu'il s'agit d'un contrat en apparence à titre onéreux, dans lequel la prestation stipulée du successible est de l'ordre de celles que la loi prévoit et doit être fournie au stipulant lui-même.

Mais dès que l'une de ces conditions manque, le doute naît ; et le défaut de chacune d'elle a soulevé des controverses qu'il faut esquisser rapidement.

123. — A. Et d'abord l'art. 918 est-il applicable lorsque l'opération est présentée comme une *donation* à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit, lorsqu'on ne lui a pas prêté les apparences d'un contrat onéreux.

Sans entrer dans l'examen de toutes les raisons qui ont été données dans un sens et dans l'autre, nous croyons qu'il y a lieu de distinguer. L'art. 918 est appli-

cable à la donation à fonds perdu ; — il est inapplicable à la donation avec réserve d'usufruit.

Qu'il soit applicable à la donation à charge de rente viagère, c'est ce qui nous paraît avoir été victorieusement démontré par la doctrine. Nous croyons même pouvoir renvoyer purement et simplement à son argumentation (1). Nous ajouterons seulement une raison nouvelle. L'art. 918 s'éclaire lorsqu'on le rapproche des travaux préparatoires. Au Conseil d'État on avait adopté, sous réserve d'un amendement devenu depuis le second paragraphe de l'article, une rédaction ainsi conçue : « La valeur en pleine propriété des biens *donnés à charge de rente viagère* et de ceux *vendus à fonds perdu ou avec réserve d'usufruit* à l'un des successibles en ligne directe sera imputée sur la portion disponible. » Le législateur a sans doute pensé que la donation à charge de rente viagère n'est peut-être pas une donation proprement dite, que la vente est tout aussi suspecte, et soit pour éviter d'être trop précis, soit pour mieux atteindre la fraude, il a substitué au mot *donnés* le mot *aliénés*, qui est plus général, mais auquel il n'a pas voulu donner le sens de *vendus*, puisqu'il l'a préféré à cette dernière expression qui se trouvait déjà dans le texte.

Cette substitution a fait naître une seconde question, celle de savoir si une donation avec réserve d'usufruit était visée par l'art. 918. Nous avons eu dans une

1. V. not. Demol. Donat. et test., t. II, n° 506. — Aubry et Rau, t. VII, p. 204, n. 9.

autre partie de ce travail occasion de nous prononcer pour la négative. La correction faite par le législateur au texte primitivement adopté qui ne parlait que de la vente, ne s'expliquerait par aucune raison plausible, si l'on croyait devoir entendre ici le mot *aliénés* dans son sens le plus général. Il y a, il est vrai, une inconséquence apparente à rejeter ce sens général, lorsqu'il s'agit d'une aliénation avec réserve d'usufruit et à l'admettre pour les aliénations à charge de rente viagère. Elle n'est peut-être qu'apparente, car il faut supposer que le législateur a entendu attacher un sens raisonnable aux dispositions qu'il édictait, et l'on ne conçoit pas qu'il fallût établir une présomption de simulation pour déclarer contrat entièrement gratuit un contrat que les parties qualifiaient déjà ainsi et établir, alors que le caractère de la convention est certain, une dispense de rapport qui ne peut s'expliquer, nous l'avons prouvé, que par son incertitude. Rappelons enfin que toute autre interprétation de l'art. 918 en fait un argument, resté sans réfutation, en faveur de la validité des donations déguisées (1).

124. — B. La nature des prestations soulève, de même que la qualification du contrat, une difficulté. Nous la ferons connaître en la résolvant dans la formule suivante. l'art. 918 est applicable *dans la mesure où il y a, soit ré-*

1. En ce sens Cass. 24 août 1874. Sir. 77, 1, 343. Mais cet arrêt semble, dans ces motifs, restreindre l'art. 918 aux aliénations présentées comme des opérations à titre onéreux.

*serve d'usufruit, soit stipulation de rente viagère,* lorsque cette réserve ne portant que sur certains biens, ou la rente stipulée n'ayant pas paru suffisante à l'aliénateur, celui-ci a en même temps exigé un prix ferme. M. Labbé a cependant soutenu dans le cas où le vendeur stipule à la fois une rente viagère et un prix ferme que les héritiers avaient le droit de considérer le contrat tout entier comme gratuit ou onéreux à leur choix. Il raisonne par analogie. La loi, dit-il, admet qu'une vente avec réserve d'usufruit est une libéralité, lorsqu'elle est faite à un successible en ligne directe. Or on peut y découvrir un prix composé de deux éléments: un capital ferme et l'abandon d'un usufruit. L'opération devrait être considérée comme à titre onéreux jusqu'à concurrence du capital ferme. Mais cette décomposition de l'acte, la loi ne la fait pas, et elle nous indique qu'il ne faut pas la faire dans les hypothèses analogues. — Cet argument ne paraît pas probant; il suppose complexe la vente avec réserve d'usufruit, il en fait une vente de la pleine propriété consentie en retour d'un capital et d'un usufruit; or, c'est une vente de nue propriété pour un prix ferme (1). Revenant à notre hypothèse, nous dirons que le contrat n'est pas gratuit pour le tout, car il y a un prix ferme stipulé; qu'on ne peut le considérer comme onéreux entièrement, puisqu'il contient des éléments qui le rendent

1. Labbé. Note sous Cass. 13 février 1861. J. du Palais, 61, 1, 433. — Cfr. Demol., Don. et test., t. II, n° 502 ; — Laurent, t. XII, n° 123; — Angers, 13 août 1879. Sir. 79, 2, 334.

suspect aux yeux du législateur : on ne peut donc le tenir que pour mixte.

125.—C. Reste enfin une dernière difficulté qui ne nous retiendra pas. L'art. 918 est-il applicable lorsque la rente viagère a été stipulée ou l'usufruit réservé au profit d'un tiers ? Il est certain que les motifs de l'art. 918 ne se retrouvent pas ici avec la même force. S'agit-il d'une rente viagère ? Le danger des quittances simulées est moindre lorsque le bénéficiaire est un tiers. S'agit-il d'un usufruit? C'est encore plus évident, car si l'on a pu présumer qu'un vendeur qui se réserve l'usufruit consentira à ne pas toucher le prix, cette présomption est moins vraisemblable lorsqu'il se dépouille de tout. Néanmoins les termes de la loi sont généraux et les dangers, pour être moins grands, existent cependant. On a allégué le mot *réserver* l'usufruit qui semblerait supposer qu'il s'agit d'un usufruit retenu par le disposant pour lui-même. Mais il est clair que le mot *réserver* peut viser toutes les hypothèses (1).

126. — II. Voilà pour la première condition. Il faut que la vente soit une de celles que prévoit l'art. 918. Mais il faut encore que la vente ait été faite à un successible en ligne directe.

Que faut-il entendre par successible ? La loi du 17 nivôse an II était plus claire, car elle parlait d'héritier présomptif. C'est ce sens qu'il faut, croyons-nous, donner

1. La jurisprudence a été assez hésitante. Un arrêt de Paris (3 mars 1863. Sir. 63, 2, 91), a décidé que la réserve devait être faite au profit de l'aliénateur. La Cour de cassation avait affirmé l'opinion contraire dans un arrêt du 7 août 1833. Sir. 33, 1, 699.

au mot successible dans notre texte. Le précédent de la loi de nivôse impose en quelque sorte cette interprétation qui, d'ailleurs, est rationnelle. Et, en effet, quoi de plus raisonnable pour apprécier si un acte a été passé dans une intention de fraude que de se reporter au moment où cet acte a été consommé? Sur quoi échafauder une présomption de fraude résultant notamment d'une certaine qualité des parties, lorsque cette qualité leur est survenue après l'acte que la fraude devait entacher? Nous repoussons donc l'opinion de ceux qui traduisent le mot successible par le mot héritier, et arrivent notamment à cette conséquence que l'acte sera ou ne sera pas réputé frauduleux selon que le contractant acceptera plus tard la succession de son co-contractant ou y renoncera. Il faut rejeter également le système qui exige que ce co-contractant ait eu la qualité d'héritier présomptif au jour du contrat et soit effectivement devenu héritier. Ses exigences sont excessives, et le texte ne les justifie pas ; ce serait le seul cas où le mot successible aurait ce sens ; et, d'ailleurs, le fait que l'on n'a pas été héritier, peut-il empêcher que la fraude ait été commise et que le contrat soit suspect (1)?

127. — Telles sont les conditions d'application de l'art. 918. Même lorsqu'elles sont réunies, ce texte n'en est pas moins très gênant pour le disposant qui veut faire un acte sincère. La loi lui offre un moyen de protéger le

1. Laurent, t. XII, n° 127. — Angers, 13 août 1879. Sir. 79, 2, 334.

contrat qu'il va passer contre les contestations futures ; il lui suffit d'y faire consentir les co-successibles de son acheteur. Mais ici encore la loi n'a pas toute la clarté désirable, et une difficulté ne pouvait manquer de se produire dans le cas où, entre le contrat et le décès du disposant, il survient de nouveaux successibles. Sont-ils liés par le consentement des autres ? Ou bien l'art 918 § 1 reprend-il, à leur égard seulement, son empire ?

Il faut, à notre sens, adopter la première de ces solutions. L'interprétation que nous avons déjà donnée du mot successible dans l'art. 918 nous amène logiquement à cette solution. Elle nous paraît rationnelle : si on l'écarte, il devient impossible d'assurer une valeur définitive au contrat. Et, cependant, n'a-t-on pas fait tout ce qu'il était possible de faire ? Il faudrait que le texte fut bien formel, pour qu'on pût exiger l'impossible. On le peut d'autant moins que la loi de nivôse était formelle dans ce sens. Elle était autrement rédigée, dit-on. Sans doute, et c'est peut-être un des torts du législateur, d'avoir voulu chercher une formule nouvelle pour exprimer une idée connue. Il n'a réussi qu'à être obscur ; mais cette obscurité même est un argument pour nous; nous ne pouvons admettre, sans qu'un texte nous le dise clairement, qu'une disposition raisonnable a été inutilement abrogée par le législateur.

Il semble du reste que la jurisprudence, longtemps

contraire, adopte aujourd'hui ce sens du mot successible (1).

128. — En résumé, on peut traduire l'art. 918 par la formule suivante :

La valeur en pleine propriété des biens aliénés à fonds perdu ou vendus avec réserve d'usufruit à l'un des héritiers présomptifs en ligne directe, au jour du contrat, sera imputée sur la portion disponible. Cette imputation ne pourra être demandée que par ceux des autres héritiers présomptifs qui n'auraient pas consenti à ces aliénations.

### § III. — *Présomption de simulation dans la date des actes sous seing-privé.*

129. — Art. 1328 : « Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellés et d'inventaire ».

Ce texte qui résume toute la théorie du Code sur la force probante de l'acte sous seing privé quant à la date qu'il indique, a été l'objet d'interprétations très nombreuses, très confuses et souvent inconséquentes qui ren-

1. Angers, 13 août 1879. Sir. 79, 2 334 (motifs) ; — Paris, 2 fév. 1881. Sir. 81, 2, 112.

dent son étude assez difficile. M. Laurent, qui lui-même a proposé une nouvelle interprétation, fait remarquer qu'il y a à peu près autant d'explications que d'auteurs. Il serait ingrat et stérile de faire leur critique à toutes. Nous essaierons de classer et de résumer les plus importantes : leurs contradictions nous obligeront, après l'examen de leur principe, à les suivre dans leurs applications les plus pratiques. Nous tenterons ensuite une explication de ce texte, mélange heureux de règles exceptionnelles et d'applications du droit commun, dont l'interprétation devient assez facile dès que la signification des mots étant fixée dans une étude générale de la simulation, on n'est plus tenté de leur imposer, comme on l'a fait, un sens de circonstance sur lequel on a naturellement grand peine à se mettre d'accord. Ce n'est plus alors une disposition isolée et exorbitante qu'on étudie. C'est le chapitre d'une théorie.

130. — L'art. 1328 édicte des dispositions protectrices en faveur de certaines personnes qu'il appelle des tiers. Trois questions, par conséquent, à résoudre : Quelle est la protection qu'il accorde ? Quelles personnes ont droit à cette protection ? A quelles conditions y ont-elles drot ?

131. — Les précédents historiques sont d'un faible secours pour la solution de ces questions.

Du droit romain nous ne retiendrons qu'une disposition spéciale, édictée par l'empereur Léon pour régler le conflit entre plusieurs créanciers hypothécaires. Celui

qui produisait un acte public rédigé par un *tabellio*, ou un acte privé rédigé en présence de trois témoins, devait être préféré à celui qui ne produisait qu'un acte sous seing privé ordinaire.

Cette disposition fut-elle le germe de la doctrine de nos anciens auteurs ? On peut le croire. Dans tous les cas, ils la généralisèrent, et au temps de Pothier, on peut résumer ainsi la théorie généralement admise dans notre ancien droit :

Les actes sous seing privé font foi de leur date contre les parties et leurs ayant-cause universels.

Contre les tiers, l'énonciation des actes ne suffit pas « à cause, dit Pothier, de la facilité qu'il y a de les antidater » (1), et il faut que d'autres preuves corroborent cette énonciation. La meilleure est le décès du signataire. Mais on était beaucoup plus large ; on se confiait en la prudence des juges qui pouvaient admettre la preuve testimoniale.

Il semble, du reste, que les quittances fussent considérées comme faisant foi de leur date par la majorité des auteurs.

Quant au sens du mot tiers, il paraît avoir été assez mal défini. Ce mot embrassait certainement les acquéreurs à titre particulier. S'appliquait-il aux créanciers chiro-

1. Pothier. Tr. de la prescription, nº 99 ; mais surtout Tr. des Oblig. nº 715. — Cf. Dumoulin, sur l'art. 5 de l'ancienne Cout. de Paris, et Denisart. vº Ecriture privée, § 2, n. 10.

graphaires ? Et sous quelles distinctions ? On ne le sait que très imparfaitement (1).

132. — L'art. 1328 est la première disposition législative d'une portée vraiment générale qui ait réglé la question.

La nature et la portée de la protection qu'il accorde aux tiers se trouveront résumées dans les propositions suivantes : Lorsqu'un acte est rédigé sous seing-privé, sa date est présumée simulée. Cette présomption est irréfragable, les parties n'ont aucun moyen d'établir contre les tiers qu'elles ont mis à l'acte une date sincère. Mais cette présomption de simulation applicable aux déclarations des parties dans les actes sous seing-privé est inadmissible à l'endroit des déclarations des officiers publics. Lors donc qu'à l'acte sous seing-privé coexiste un acte public qui constate à un moment donné l'existence de l'acte privé, à la première présomption de la loi s'en ajoute une seconde : la date mise par les parties est toujours présumée fausse, mais on sait qu'à un moment donné l'acte sous seing-privé existait ou du moins son existence à ce moment est présumée jusqu'à inscription de faux. La loi, tout en maintenant sa présomption de simulation, ne peut, sous peine de se contredire, déclarer qu'à ce moment l'acte n'existait pas, et de ce moment en effet elle le déclare opposable aux tiers. De même la

1. Sur ces deux dernières propositions, V. Balleydier, De la date certaine dans les actes sous seing privé, p. 82 et s. et les autorités qu'il cite.

loi devait reconnaître l'existence de l'acte à un moment donné, lorsqu'il y avait impossibilité matérielle qu'à ce moment il n'existât pas : c'est ce qui arrive lorsque l'un des signataires de l'acte est décédé (1). Ainsi se trouve justifiée l'assertion émise au début de cette étude, que l'art. 1328 est un mélange de règles exceptionnelles et de règles de droit commun. L'exception, c'est la présomption irréfragable de simulation ; le reste est du droit commun, car, en l'absence même de toute disposition expresse dans la loi, nous aurions dû reconnaître que l'acte privé existait lorsqu'on ne pouvait contester cette existence sans contester en même temps les déclarations d'un officier public ou sans se heurter à une impossibilité matérielle. Mais l'acte sous seing-privé restera sans date, bien loin qu'il ait une date certaine. Certaine, la date de l'acte public ou celle du décès (qui est relatée ordinairement dans un acte public) ne l'est pas elle-même : elle peut être contestée par la voie de l'inscription de faux. Et ce qui prouve bien que l'acte sous seing-privé est resté sans date, c'est que si cette contestation s'élève, elle est dirigée contre l'officier public et l'acte qu'il a rédigé ; les parties et l'*instrumentum* sous seing-privé restent en dehors.

133. — Cette idée générale de l'art. 1328 en donne le

1. On pourrait même, à rigoureusement parler, assimiler le plus souvent le cas de décès aux cas précédents. Car les principes des actes authentiques auraient donné la même solution. On ne pourrait, en effet, prétendre que l'acte n'existait pas au jour où le décès a été constaté, qu'en affirmant l'existence du *de cujus* à un moment où un officier public a constaté qu'il n'existait plus.

véritable caractère ; elle justifie notre assertion que ce texte n'est pas entièrement exceptionnel. La loi fait cesser sa présomption partout où le droit commun la contredit formellement. Aussi est-il inexact de dire, avec la plupart des auteurs, que ses termes sont limitatifs et que l'acte ne sera jamais opposable aux tiers en dehors des cas mentionnés au texte. La vérité est qu'on conçoit mal d'autres hypothèses. Nous en signalerons une : les actes d'une personne déclarée absente, ont, tant que la preuve de son existence n'est pas rapportée, une date opposable aux tiers, au moins provisoirement : celle du jugement qui a déclaré l'absence. On ne saurait en effet nier leur existence au jour de ce jugement et affirmer leur rédaction postérieure, sans affirmer en même temps l'existence d'un individu dont un acte authentique déclare l'existence incertaine.

134. — Les trois faits expressément prévus par la loi et qui attestent que l'acte avait été signé lorsqu'ils surviennent eux-mêmes sont l'enregistrement, le décès de l'un des signataires, la relation de la substance de l'acte dans un acte dressé par un officier public.

135. — De l'enregistrement rien à dire sinon qu'il faut entendre ce mot même de l'enregistrement en pays étranger, si cette formalité y est connue et si la loi étrangère attache une valeur particulière aux déclarations de l'employé qui l'accomplit. C'est la solution consacrée par la jurisprudence belge. Et c'est la plus conforme aux règles du droit international. Il est en effet de principe que

les actes passés à l'étranger par les officiers publics qui peuvent leur communiquer l'authenticité ont en France toute leur valeur probante, et, nous le répétons, l'art. 1328 ne fait ici qu'appliquer les principes du droit commun (1).

136. — Le décès de l'un des signataires de l'acte est indiqué en second lieu. S'agit-il des parties seulement ou même des témoins? M. Marinier croit qu'il ne peut être question que des parties, mais la jurisprudence et avec elle la majorité de la doctrine étendent avec raison la même solution aux témoins. Ils rentrent dans les termes de l'article, car on peut dire qu'ils ont *souscrit* l'acte, et le motif qui l'a fait édicter se retrouve ici : l'acte ne peut pas ne pas exister au moment où ils meurent, puisqu'il porte leur signature (2).

137. — Enfin l'art. 1328 indique la relation de la substance de l'acte dans un acte dressé par un officier public. Une mention ne suffirait pas et la raison en est qu'une mention ne permettrait pas de reconnaître quel est l'acte privé qui a été relaté. Il faut que l'acte public reproduise exactement sa substance. Ce troisième cas embrasse un grand nombre d'hypothèses. Nous en signalerons une seule qui paraît intéressante. Nous verrons que les créanciers d'un failli peuvent méconnaître la date

1. *Contrà :* Laurent, XIX, nº 281 ; — M. Balleydier n'admet pas non plus l'enregistrement à l'étranger. Mais le simple énoncé du motif qu'il donne montre suffisamment que son opinion est pour nous inadmissible. Il considère que tout est exceptionnel dans l'art. 1328.

2. Demolombe, t. XXIX, n. 558 ; — Laurent, t. XIX, n. 284, et la jurisprudence. — *Contrà.* Marinier, Rev. prat., XII, p. 284.

des actes civils passés par le failli, et ces actes ne leur sont opposables que si l'on s'est placé dans les conditions prévues par l'art. 1328 avant la faillite. Si donc on suppose une aliénation d'immeuble, l'acheteur qui sent que son vendeur est menacé d'une faillite aura intérêt à faire transcrire son titre pour le rendre opposable non seulement aux autres acquéreurs éventuels et aux tiers dont parle la loi du 23 mars 1855, mais aux créanciers chirographaires dont cette loi ne s'occupe pas. La transcription en effet rentre dans les prévisions de l'art. 1328.

138. — Dans ces cas et tous autres semblables, il est certain que l'acte existait lorsque s'est produit le fait qui offre aux yeux du législateur le caractère de l'authenticité. Mais la présomption de simulation de la date inscrite dans l'acte est restée entière et elle est irréfragable. Et l'acte ne peut, en dehors des cas plus haut indiqués, être opposé aux tiers. C'est ce que nous avons déjà dit, c'est ce que la doctrine générale tient pour si certain qu'elle ne mentionne aucune opinion contraire ; mais c'est ce qui doit être mieux établi encore, depuis que M. Braas a tenté de faire revivre un système contraire, naguère imaginé par Toullier. D'après M. Braas, les auteurs n'ont pas compris le sens des expressions de la loi. Ils ont cru que le législateur avait voulu dire : « Les actes sous seing privé n'ont pas de date possible contre les tiers, hors les trois cas prévus au texte. Or la véritable formule est : « Les actes sous seing privé ne font, *par eux seuls*, foi de leur date à l'égard des tiers que du jour

où ils ont été enregistrés, etc. » (1). Lorsqu'on est dans l'une des hypothèses prévues au texte, l'acte fait *par lui-même* foi de sa date contre un tiers. Lorsqu'on ne s'y trouve pas, la situation peut se résumer ainsi : L'acte sous seing privé n'a pas de date à l'égard des tiers ; — cette date doit donc être prouvée par ailleurs ; — elle peut être prouvée par témoins (2). A l'appui de cette manière de voir, M. Braas produit deux arguments principaux ; il invoque d'abord la tradition de l'ancien droit où il semble bien qu'en effet la preuve testimoniale de la date fût admise. Or, et c'est là son second argument, il résulte des travaux préparatoires que les législateurs de 1804 ont entendu maintenir l'ancienne doctrine. Il cite à cet effet divers passages, dont l'un surtout lui paraît absolument décisif ; il est extrait du rapport de Jaubert au Tribunat : « C'est donc avec une grande sagesse, dit le rapporteur, que le projet a rappelé cette *ancienne règle* que les actes privés n'ont point *par eux seuls* de date contre les tiers. » (3)

L'argumentation présentée par M. Braas et dont nous ne pouvons qu'indiquer les éléments dans ce travail est assez ingénieuse pour fixer l'attention. On peut cependant y répondre victorieusement. M. Braas commet une erreur que d'ailleurs le langage ordinaire des auteurs

1. Braas. Théorie légale des actes sous seing privé, p. 99.
2. Braas, p. 110.
3. Fenet, XIII, p. 387. — Braas, p. 120.

invite presqu'à commettre quand il croit que l'enregistrement, le décès, etc., donnent une date à l'acte sous seing privé, en sorte qu'il en fait foi par lui seul. L'acte sous seing privé n'a pas et n'acquiert jamais de date. Ce qui a une date c'est l'enregistrement, c'est le décès, c'est l'acte public, et c'est parce que, cette date étant constante, l'existence de l'acte sous seing privé est démontrée à ce même jour que cet acte devient opposable à un tiers. La distinction que M. Braas essaie d'introduire entre l'acte faisant foi par lui-même et celui dont la date est prouvée par ailleurs, est donc chimérique en tant qu'il s'agit d'actes sous seing privé. La date de ces derniers n'est jamais établie ; leur existence à un moment donné n'est elle-même prouvée qu'extérieurement, et l'enregistrement opère à la façon d'un témoignage. La seule question qu'on ait à se poser est celle de savoir quels témoignages la loi veut admettre. Or le droit commun lui en imposait quelques-uns et la laissait libre de repousser les autres. En admettant expressément les premiers sans parler des autres, elle a nécessairement exclu ces derniers. Voilà ce qui résulte de son texte. Le rapport de Jaubert démontre-t-il que le langage du législateur a trahi sa pensée ? Il est évident que l'argument ne serait pas décisif, même s'il était inattaquable. Mais il disparaît complètement si l'on rapproche des paroles de Jaubert celles que prononçait Bigot-Préameneu dans l'Exposé des motifs : « Il est souvent du plus haut intérêt, « disait-il, soit pour les parties, soit pour des tierces

« personnes que la date des actes sous seing privé soit « prouvée. Ceux qui les ont écrits ont la facilité de les « écrire une seconde fois sous une autre date. La date « portée dans un écrit sous seing privé ne fait donc foi « qu'à l'égard de ceux qui ont signé ; il faut qu'à l'égard « des autres la date soit d'ailleurs assurée. » On remarquera que cette dernière phrase correspond exactement aux deux premières propositions par lesquelles M. Braas résume sa doctrine. Mais comment la date sera-t-elle *d'ailleurs assurée ?* M. Braas répond : par témoins. Mais Bigot-Préameneu dit au contraire : « Ainsi les écrits sous « seing privé n'ont, à l'égard des tierces personnes, de « date certaine que du jour où ils ont été enregis- « trés, etc. » (1)

139. — Donc, en principe, un acte sous seing privé n'est opposable aux tiers que du jour où l'on ne pourrait contester son existence à ce jour sans contester en même temps la véracité des déclarations d'un officier public, ou sans se heurter à une impossibilité matérielle.

140. — Quels sont ces « tiers » que la loi protège si énergiquement ? Cette question, la seconde pour nous à résoudre, est la plus délicate que soulève l'art. 1328. C'est, du moins, celle qui a le plus divisé les auteurs. Il est rare partout que la définition des tiers aille sans controverses. Mais dans notre matière la doctrine s'est

1. Bigot-Préameneu. Exposé des motifs. Fenet, XIII, p. 295.
En ce sens, Rouen, 22 juin 1872. Sir. 73, 2, 209, et la doctrine.

embarrassée d'un autre texte, qui a singulièrement compliqué le problème. Tandis, en effet, que l'article 1328 décide que l'acte sous seing privé ne fait pas, en principe, foi de sa date contre les tiers, l'art. 1322 réglant d'une façon générale la foi due à ces sortes d'actes, s'exprime ainsi : « L'acte sous seing privé reconnu par celui auquel on l'oppose, a, entre ceux qui l'ont souscrit et entre leurs héritiers ou ayant-cause, la même foi que l'acte authentique ».

141. — Rappelons, pour mémoire, le système à peu près abandonné de Toullier, qui supprimait toute antinomie, même apparente, entre ces deux textes, en réservant le mot tiers aux *penitus extranei*. Comme cela revenait à supprimer l'utilité de l'art. 1328, ces tiers n'ayant aucun intérêt à ce qu'on tint pour fausse ou sincère la date d'un acte qui devait rester sans effet contre eux, l'auteur adjoignit aux tiers proprements dits les créanciers saisissants. C'était l'arbitraire après l'inutile, et au total une contradiction.

142. — Ce sens écarté, la difficulté était surtout de concilier les art. 1322 et 1328. Car l'art. 1322 semble, par ses termes, embrasser toutes les personnes autres que les *penitus extranei ;* et si l'art. 1328 embrasse également tout ou partie de ces personnes, comment leur appliquer à la fois deux textes, dont l'un dit, d'une façon générale et absolue, que l'acte sous seing privé fait foi de son contenu, dont l'autre nie qu'il fasse foi d'une partie de ce contenu ?

143. — Rien n'est plus difficile à systématiser que les doctrines contradictoires qui ont été professées sur ce point. On peut dire cependant que, sous réserve de deux restrictions qui sont le point de départ de toutes les difficultés, le principe est le suivant : les tiers de l'art. 1328 sont les créanciers et ayant-cause à titre particulier.

143 *bis*. — Pour arriver à concilier cette solution avec l'art. 1322, qui parle d'ayant-cause, sans aucune distinction, on pouvait donner trois explications.

On pouvait dire d'abord que l'art. 1322 n'entend, par ayant-cause, que les ayant-cause à titre universel. C'est l'explication de MM. Chardon et Marinier (1), qui rappellent que l'art. 1322 est emprunté au Traité des Obligations de Pothier, où il est dit que « les actes sous seings privés ordinaires font la même foi entre ceux qui les ont souscrits, *leurs héritiers ou successeurs* que les actes authentiques ». Le mot successeurs ne s'entendait que des ayant-cause à titre universel ; le mot ayant-cause ne doit, dans l'art. 1322, s'entendre que des successeurs.

L'antinomie apparente disparaîtrait également si l'on parvenait à établir que l'art. 1322 n'a pu parler de la foi due à la date dans l'acte sous seing privé. M. Laurent a cru pouvoir le démontrer : « Le texte dit : « L'acte sous seing privé fait la même foi que l'acte authentique. Or,

1. Chardon. Tr. du dol et de la fraude. t. II, p. 12 et s. — Marinier, Rev. prat. t. VIII, p. 416 et s.

l'acte authentique, remarque M. Laurent, fait foi de la vérité de sa date jusqu'à inscription de faux ; donc l'acte sous seing privé prouverait aussi jusqu'à inscription de faux la sincérité de la date que les parties y ont mise », si l'on voulait appliquer à la date l'art. 1322 (1).

Enfin M. Marcadé, dont la thèse a rallié de hauts suffrages,(2) a cru que le conflit se résolvait très simplement par l'analyse de la situation particulière où l'ayant-cause à titre particulier se trouve placé vis-à-vis de la date des actes. « Il est facile, dit-il, de concilier les deux articles 1322 et 1328. Sans doute, l'art. 1322 parle des ayant-cause à titre particulier aussi bien que des autres et par conséquent celui qui a acheté la ferme de Pierre par un acte privé peut invoquer cet acte contre moi à qui Pierre a également vendu la même ferme. Mais pour que je sois obligé de respecter l'acte de mon adversaire et d'en subir l'exécution, il faut que je sois véritablement, par rapport à cet adversaire, ayant-cause de Pierre. Or, quand j'ai acheté la ferme de Pierre le 1er février 1845, je ne suis pas son ayant-cause vis-à-vis de toute personne, quelle qu'elle soit, et pour tous les actes qu'il a consentis à une époque quelconque. Je ne le suis que pour les personnes qui avaient traité avec lui avant le 1er février 1845, et je ne suis plus qu'un tiers pour tout ce qui suit cette époque : donc, quand mon adversaire se présente avec un

1. Laurent, t. XIX, n° 304.

2. Marcadé sur l'art. 1328. — Demol. Contrats, t. VI, nos 526-527. V. aussi une note insérée au Rec. pér. de Dalloz (1859, 1, 97).

acte de vente de 1844, c'est à lui à établir que cet acte est véritablement de 1844 et qu'il émane d'une personne dont je suis ayant-cause. Tant qu'il ne s'appuiera pas sur une date certaine, il tourne dans un cercle vicieux, comme l'a très bien dit M. Troplong. »

144. — Nous n'avons pas l'intention de discuter longuement ces tentatives de conciliation. L'argument de M. Laurent ne nous paraît pas topique : en disant que l'acte sous seing privé fait foi comme l'acte authentique, le législateur n'a pas entendu dire qu'il prouverait jusqu'à inscription de faux les faits que l'acte authentique prouve avec cette force. Que l'on suppose, par exemple, que l'acte sous seing privé constate un versement d'espèces opéré lors de la rédaction de l'acte ; voilà un fait, qui, constaté par le notaire, fait foi jusqu'à inscription de faux ; l'acte sous seing privé ne l'établira que jusqu'à preuve contraire. Quant à l'explication de Marcadé, elle constitue un cercle vicieux. Dire qu'un écrit fait foi de sa date contre un ayant-cause à la condition que sa rédaction soit réellement antérieure au titre de cet ayant-cause, et que cette antériorité doit être prouvée par celui qui produit l'écrit, c'est manifestement dire qu'il ne fait pas foi de sa date. On a eu raison de résumer ainsi ce système : « Un acte sous seing privé n'a de date à l'égard d'une personne déterminée que si cette personne est l'ayant-cause de l'une des parties à cet acte, et cette personne est investie de la qualité d'ayant-cause si l'acte

fait foi de sa date » (1). C'est au système de M. Marinier que nous nous attacherions de préférence. Il éclaire le texte par son histoire et vraiment il n'y a pas de difficulté à penser que le législateur de 1804 a suivi la tradition sur ce point comme sur tant d'autres. Cette explication sera d'ailleurs confirmée par ce que nous dirons du sens du mot tiers un peu plus loin.

145. —Quoi qu'il en soit de la valeur des conciliations proposées, toutes ont un même but : permettre de ranger parmi les tiers de l'art. 1328 les ayant-cause à titre particulier, les créanciers chirographaires. Deux raisons déterminaient les auteurs à poursuivre cette solution. La loi d'abord laisse, dans divers textes, entendre que c'est là sa pensée. Pour n'en citer qu'un, l'art. 1743 considère comme un tiers, au point de vue de la date, l'acquéreur d'un fonds en conflit avec le locataire de ce fonds (2). Le bon sens indiquait; d'ailleurs, que cette solution était la seule justifiée. « Cette nécessité d'une date certaine, dit M. Bonnier, n'est autre chose qu'une précaution qui, inconnue longtemps en jurisprudence, n'a été introduite dans notre ancien droit que par des considérations d'utilité pratique. Il faut donc voir quels sont les intérêts qu'on a voulu garantir en établissant cette

1. Braas, p. 174.

2. M. Marinier ajoutait un autre texte qui devait, selon nous, jouer un rôle capital dans la discussion. Il rappelait que le sens du mot tiers a été précisé dans l'article 1321. Il n'a malheureusement pas, nous le verrons, déduit les conséquences logiques de son idée.

doctrine; or, en consultant les arrêts et les auteurs, il est facile de reconnaître que le but qu'on s'est proposé a été de protéger les tiers proprement dits, c'est-à-dire ceux qui traiteraient avec les parties contractantes, contre les dangers d'antidates pratiquées après coup en fraude de leurs droits » (1). M. Laurent confirme cette opinion : « La loi veut garantir les intérêts et les droits de ceux qui sont restés étrangers à l'acte, qui ne savent pas et ne peuvent pas savoir qu'il a été antidaté. Donc sont tiers tous ceux qui n'ont pas figuré à l'acte » (2).

146. — Ceux qui ont figuré à l'acte, ce sont les signataires (3), leurs ayant-cause à titre universel (4), leurs mandants (5) ; — ceux qui n'y ont pas figuré, ce sont leurs ayant-cause à titre particulier, leurs créanciers chirographaires.

1. Bonnier, Traité des preuves, t. II, nº 696.

2. Laurent, t. XIX. nº 305, p. 337.

3. On s'était autrefois demandé si le représentant d'un interdit pouvait, au nom de ce dernier, dénier la date des actes souscrits par lui, lorsque cette date les plaçait à une époque où il était capable. C'était faire de l'interdit, auteur de l'acte, un tiers. La doctrine était divisée ; la jurisprudence a varié. V. Marinier. Rev. prat. t. I, p. 493 et s.

4. L'art. 1975 annule toute rente viagère constituée moins de 20 jours avant le décès du crédit rentier; les héritiers de celui-ci ne peuvent exiger que le débit rentier produise un titre ayant date certaine antérieure au délai de 20 jours avant le décès (Marinier, Rev. prat. t. II, p. 265 et s.). — De même, nous avons refusé aux héritiers légitimes le droit d'invoquer la présomption légale de simulation contre la date d'un testament de leur auteur.

5. Le mandant n'est pas un tiers dans l'art. 1328. Marinier. Rev. prat. t. II, p. 73 et s. ; — A. et Rau, t. VIII, p. 259 , — Demol. Contrats. t. VI, nº 516 ; — Laurent, t. XIX, nº 301 ; — Dijon, 6 juillet 1883. Sir. 84, 2, 44. — Nous réservons une théorie contraire de M. Braas, qu'on trouvera plus loin.

Le principe ainsi formulé est exact, et nous le retenons, nous le justifierons complètement tout à l'heure.

Mais il est dans la doctrine courante l'objet de deux restrictions, l'une contestée, l'autre admise par tout le monde.

147. — La restriction contestée porte sur les ayant-cause à titre universel, et ne nous arrêtera pas longtemps. Voici comment la question s'est posée en pratique : un héritier réservataire a eu sa réserve entamée par les libéralités de son auteur ; il agit en réduction contre les donataires, mais le donataire dont le titre est plus récent, en apparence du moins, est insolvable. Si l'on admet que cette insolvabilité ne doit pas être supportée pour le tout par les donataires antérieurs, on aperçoit que l'héritier aurait un très grand intérêt à méconnaître la date des donations, pour attaquer immédiatement le plus solvable des donataires. Il faudrait d'ailleurs supposer que la donation n'est pas faite dans un acte ayant acquis date certaine antérieurement au décès ; c'est dire que la question n'aurait guère d'intérêt que dans le cas de donations déguisées et de dons manuels. Cela étant, l'héritier réservataire a-t-il le droit d'invoquer l'art. 1328 ? La doctrine est divisée. Les seules décisions judiciaires rendues sur la question reconnaissent à l'héritier la qualité de tiers, mais lui refusent le droit de se prévaloir de l'art. 1328, par la raison que l'art. 1328 serait étranger à la matière des donations, dit l'une des

décisions, à la matière des dons manuels, dit la plus récente (1).

148. — La restriction admise par tous et la plus importante, est relative aux créanciers chirographaires : ils ne peuvent invoquer l'art. 1328 lorsqu'ils exercent les droits de leur débiteur (2). C'est la restriction que nous avons déjà eu l'occasion de repousser quand il s'est agi de savoir si un créancier chirographaire avait le droit personnel de prouver la simulation. Elle est aussi vicieuse ici que là ; mais ici elle a trahi elle-même son vice en entraînant ses partisans dans les contradictions les

1. Caen, 25 mai 1875 et 28 mai 1879. Sir. 80, 2, 281. Cet arrêt prouve que la question posée au texte a un intérêt, et répond sur ce point à M. Laurent (T. XIX, n. 298 et au Recueil Alph. de Dalloz v° Oblig. n° 3931). Nous verrons plus loin s'il faut en effet refuser en principe à l'héritier réservataire la qualité de tiers ; mais l'arrêt introduit dans la question un élément nouveau : l'art. 1328 serait étranger à la matière des donations. Il serait trop long de discuter ici cette théorie étrange, qui ne repose que sur une affirmation arbitraire ; aussi bien ne pourrions nous guère que redire ce que l'on trouvera remarquablement exposé dans une note de M. Labbé, qui accompagne l'arrêt. V. encore sur la question et contre la doctrine de l'arrêt de la Cour de Caen, Guillouard. Rev. crit. 1879, p. 305.

2. Il est à remarquer qu'une distinction assez semblable avait été proposée naguère par M. Serrigny dans un système dont les auteurs ne font pas même mention ordinairement, et qu'il est intéressant de rappeler. M. Serrigny proposait de distinguer selon que les ayant cause ou créanciers agissaient par l'action directe ou par l'action oblique : au premier cas seulement ils auraient été des tiers, au sens de l'art. 1328. C'est, en somme, ce que disent les auteurs aujourd'hui. Le discrédit du système de Serrigny a son explication sans doute dans les conséquences bizarres que son auteur en déduisait. Il suffira d'en citer une : « S'il s'agit de deux acquéreurs, disait-il, dont l'un a en sa faveur un acte authentique ou ayant date certaine et l'autre un acte sous seing privé non enregistré, lequel des deux doit l'emporter?

plus étranges. Il est, en effet, autant de controverses que d'applications de ce principe qui semble si net ; la doctrine et la jurisprudence n'ont pu encore établir en quels cas un créancier arguant un acte de simulation dans sa date, exerce les droits de son débiteur. Nous ne nous en étonnerons pas, nous qui avons trouvé une contradiction entre ces deux choses : prouver la simulation et exercer les droits de l'auteur de la simulation. Mais nous devrons montrer très rapidement l'importance et la gravité des controverses qu'a faites naître une erreur aussi essentielle.

Voici d'abord le cas de saisie-arrêt. La jurisprudence, suivie par un petit nombre d'auteurs, voit dans le créancier opposant un ayant-cause et non un tiers (1). Il doit donc accepter la date des actes de libération qu'on lui oppose. Elle a cru que cette solution était imposée par le caractère de la saisie-arrêt, mais surtout que sans elle les quittances données par le débiteur et non enregistrées n'auraient pas été opposables au saisissant. Cette seconde raison n'est pas fondée, nous le verrons. La ma-

faut dire que c'est l'acquéreur par acte authentique, parce qu'il use de l'action directe, tandis que l'acquéreur par acte sous seing privé sans date certaine est obligé d'emprunter les droits de son vendeur et d'agir par l'action oblique. Il ne peut agir que par l'intermédiaire de son vendeur et en se mettant à sa place ; au lieu que l'acquéreur par acte authentique, ayant un droit absolu, agit directement en vertu des dispositions de la loi » (Serrigny. Art. dans la Revue de droit français et étranger, t. III, p. 532 et s.).

1. Cass. 14 nov. 1836. Sir. 36, I. 894 ; — Cass. 8 nov. 1842, Sir. 42, I 929; — Duranton, t. XIII, nº 133.

jorité des auteurs se prononce contre la jurisprudence (1).

Lorsqu'un créancier intente l'action Paulienne, le tiers qui a passé avec le débiteur l'acte prétendu frauduleux et dont les droits sont mis en question peut exiger du créancier que celui-ci ait un titre antérieur à l'acte contesté. Mais peut-il exiger que pour justifier de cette antériorité le créancier rapporte un titre ayant date certaine? Question très importante, sur laquelle les auteurs sont divisés, la jurisprudence confuse. M. Bédarride propose une distinction, MM. Aubry et Rau en proposent une autre, d'autres enfin, refusant de distinguer, exigent la date certaine (2).

Qu'on suppose un créancier réclamant le partage des biens de son débiteur décédé, après avoir fait opposition à ce qu'il fut procédé à un partage hors de sa présence. Les co héritiers du débiteur lui opposent un acte antérieur de partage. Le créancier peut-il invoquer l'article 1328 contre la date de cet acte? M. Larombière le pense et cite diverses autorités à l'appui de son opinion (3) ; mais la Cour de cassation a décidé le contraire, et plusieurs auteurs approuvent son arrêt (4).

1. Larombière, Tr. des obl. t. VI, p. 130. — Demol. Contrats. t. VI, n° 551 ; — Aub. et Rau t. VIII, § 756 n. 122;—Marinier, Rev. prat. t. X, p. 551 et s.; — Balleydier, p. 155 et s.

2. Sur cette question Balleydier p. 160 et suiv. — La jurisprudence n'offre pas de documents récents. Un jugement du tribunal de Caen (10 août 1847, D. P. 51. 5. 180) exige que les créanciers produisent un titre avec date certaine. — Cf. Cass. 2 avril 1872, D. P. 73.1.65.

3. Larombière. Tr. des obl. T. VI, p. 125. — Orléans, 11 mai 1861, D. P. 61. 2. 209.

4. Cass. 23 juillet 1866. D. P. 66. 1. 497. — Laurent, t. XIX. n° 326. Il

Les créanciers du failli, représentés par le syndic, peuvent également avoir intérêt à invoquer l'article 1328 contre la date des actes de leur débiteur, qui a consenti des droits à des tiers à une époque antérieure, en apparence du moins, à l'ouverture de la faillite. Le peuvent-ils, en supposant bien entendu qu'il s'agisse d'actes ayant pour objet des opérations purement civiles, car l'article 1328 est étranger aux matières commerciales? M. Balleydier déclare que les plus graves dissentiments se sont élevés sur cette question et que « la plus grande confusion y règne soit en doctrine, soit en jurisprudence. » (1) L'examen de la question nous a démontré l'impossibilité d'analyser toutes les opinions dans un travail où l'article 1328 n'est étudié que comme face spéciale d'une question plus générale. Nous retiendrons seulement l'opinion de la jurisprudence, très bien résumée dans un arrêt récent de la Cour de Rennes : « Il est de doctrine et de jurisprudence que les actes sous seings privés souscrits par le failli avant l'ouverture de la faillite sont opposables à la masse des créanciers chirographaires, quoique ces actes n'aient pas acquis date certaine avant la faillite ; que ces créanciers agissant en cette

est utile toutefois de remarquer qe M. Laurent n'a pas retenu ce fait que le créancier avait antérieurement à sa demande formé l'opposition dont nous parlons au texte. Ce fait est-il ou lui a-t-il paru indifférent ? Dans tous les cas il donne une autre solution pour le créancier intervenant à un partage au lieu de le demander, et nous avouons ne pas saisir la raison d'être de ces décisions diverses.

1. Balleydier p. 163.

qualité, sans faire valoir de droits particuliers distincts de ceux qu'elle leur confère sur l'ensemble du patrimoine du débiteur, doivent en règle générale, et le cas de fraude excepté, être considérés comme les ayant-cause de ce débiteur et non comme des tiers ; que ce principe s'applique à la masse des créanciers d'un commerçant failli, comme à tous autres créanciers chirographaires, la loi n'établissant aucune distinction entre eux sous ce rapport... » (1).

149. — On vient de le voir, les systèmes couramment admis se résument en un principe unique dont on tire des conséquences contradictoires. C'est peut-être aller trop loin que de leur donner le nom de systèmes et nous nous associons aux remarques très justes de M. Balleydier, lequel n'a du reste préconisé aucune innovation véritable. « Même entre les jurisconsultes qui partent « d'idées communes, il est rare qu'il y ait accord sur « tous les points. Aussi est-il difficile de découvrir, soit « dans la jurisprudence, soit dans la doctrine, des systè- « mes parfaitement homogènes sur l'ensemble de notre « question ; on y trouve sans doute des solutions sur tel « ou tel point particulier, des décisions d'espèce plus ou

1. Rennes, 22 juillet 1879. Sir. 81. 2. 190. — Cf. Cass. 28 juin 1875. Sir. 75. 1. 309. — La jurisprudence belge est conforme. Liège, 18 avril 1877. Pasicr, 77. 2. 259. — V. encore sur cette question que nous sommes obligés d'effleurer : Bonnier. Tr. des preuves, t. II, n° 697;— Demol, Contrats, t. VI, n° 543; — Laurent, t. XIX. n° 330-331 ; — Aubry et Rau, t. VIII, p. 255 ; — Balleydier p. 164 et s. — M. Marinier est le seul auteur dont la solution soit nette. Selon lui les créanciers d'une faillite sont toujours des tiers au sens de l'art. 1328. (Rev. prat. t. XII, p. 189 et s.).

« moins concordantes, mais de théorie générale peu ou « point (1) ».

150. — Quant à nous, cette théorie doit nous paraître facile à établir. Le sens du mot tiers a été fixé d'une façon générale au cours de ce travail ; nous n'avons qu'à le conserver. L'art. 1328 est l'un des cas de preuve de la simulation ; le sens des mots doit être le même que dans les autres hypothèses. Ici comme partout, le mot tiers doit désigner toute personne autre que les auteurs de la simulation légalement présumée, leurs ayant-cause à titre universel, leurs mandants. Par là se trouvent résolues toutes les controverses de la doctrine et de la jurisprudence. L'héritier même réservataire n'est pas un tiers et ne peut invoquer l'art. 1328. Ce texte protège au contraire le créancier qui fait une saisie-arrêt, le tiers qui se défend contre l'action Paulienne, le créancier demandant un partage au nom de son débiteur après avoir fait opposition, la masse chirographaire dans la faillite.

151. — Démontrons seulement que nous avons raison de conserver ici le sens déjà adopté.

Il suffirait peut-être de rappeler la confusion que l'on commet en faisant intervenir l'art. 1166 où l'existence

1. Balleydier, *op. cit.*, p. 145.—M. Brésillion auteur d'une note insérée au Recueil périodique de Dalloz (1859, 1. 97) se plaignait de ne pas trouver dans les décisions de la jurisprudence « le fil conducteur qui, à défaut de formule législative, dirigera l'esprit vers la solution des difficultés toujours renaissantes que soulève cette importante matière (la distinction des ayant-cause et des tiers). » On a vu que la question est restée aussi obscure.

d'un droit est en jeu, dans un débat où ce qui est en jeu, c'est la sincérité d'un *instrumentum*. La restriction apportée par les auteurs à leur principe apparaîtrait alors sans fondement.

Mais l'on peut donner des arguments plus probants encore.

Il est d'abord impossible de ne pas être frappé de ce fait que toutes les fois qu'on se demande en matière de simulation si une personne a la qualité de tiers, c'est pour se demander en même temps si elle a droit à une certaine protection de la loi contre le mensonge des auteurs d'un acte. A-t-elle la preuve testimoniale pour établir ce mensonge ? A-t-elle le droit de ne pas se voir opposer l'acte dissimulé ? A-t-elle enfin le droit d'invoquer une présomption légale qui dispense de la preuve ? Il y a là trois moyens de protection que la loi accorde à des personnes qu'il reste à déterminer. Mais le bon sens indique que celles qui auront l'un de ces moyens à leur disposition devront les avoir tous. Tous en effet concourent à un même but et répondent à un même besoin. Cela est frappant si l'on rapproche par exemple l'art. 1321 et l'art. 1328. Ce sont deux dispositions que l'esprit se refuse à distinguer. L'une et l'autre dérogent au droit commun, l'une et l'autre édictent des dispositions protectrices contre un danger qui est le même, au profit de personnes qu'elles désignent d'un mot identique : le mot tiers. Or, nous l'avons dit, sur l'art. 1321 on est d'accord pour reconnaître que le mot tiers a le

sens que nous lui donnons ici : la jurisprudence est formelle (1). Et pourquoi se montre-t-on si large dans la définition du tiers ? Parce que toutes les personnes autres que celles qui ont rédigé ou sont légalement censées avoir rédigé l'acte sont également menacées, et que toutes doivent être également protégées. Cette raison était de nature à frapper tous les auteurs ; il en est une autre qui nous est plus spéciale. Nous avons en matière de preuve de simulation, divisé les personnes en deux catégories : celles qui ne peuvent la prouver que par écrit, celles qui ont la preuve testimoniale. Celles-ci sont les tiers. Au point de vue de la preuve testimoniale, les créanciers sont tous des tiers, dans toutes les hypothèses, nous l'avons démontré. Ils ont ce moyen de preuve spécial, cette première protection de la loi. Or il est évident que dans l'art. 1328 la loi ne fait qu'augmenter cette protection en la proportionnant aux difficultés et aux dangers. Elle dispense de la preuve, elle présume la simulation ; mais au profit de qui, sinon de ceux auxquels dans les cas ordinaires elle accorde cette protection plus restreinte de la preuve testimoniale (2)?

Il y a mieux encore et le législateur lui-même va nous fournir la preuve de ce que nous avançons.

1. Cass. 3 janv. 1883. D. P. 83, 1, 416. — Laurent, t. XIX, n° 190.

2. Et l'on ne saurait à aucun titre souscrire à la solution contradictoire de M. Laurent, qui d'une part n'admet pas le créancier à invoquer l'art. 1328 sous le prétexte qu'il exerce les droits du débiteur et se confond avec celui-ci, et d'autre part lui accorde la preuve testimoniale qu'il refuse au débiteur. (Laurent. t. XIX, n° 328.)

Les travaux préparatoires ont été négligés par les auteurs dans l'examen des questions que soulève l'art. 1328. Ils pouvaient servir à les résoudre. Entre les divers passages que nous pourrions citer, un surtout nous a frappé. C'est Bigot-Préameneu qui présente au Corps Législatif l'Exposé des motifs : « Il est souvent du plus grand intérêt, dit-il, soit pour les parties, soit pour des tierces personnes que la date des actes sous seing privé soit prouvée. *Ceux qui les ont écrits* ont la facilité de les écrire une seconde fois sous une autre date. *La date portée dans un écrit sous seing privé ne fait donc foi qu'à l'égard de ceux qui ont signé ;* il faut qu'à l'égard des autres, la date soit d'ailleurs assurée. Ainsi, les écrits sous seing privé n'ont à l'égard des tierces personnes de date certaine que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui l'ont souscrit, du jour où ils sont énoncés dans des actes dressés par des officiers publics (1). »

On ne saurait mieux dire et ce langage ne s'impose pas seulement à nous par la haute raison dont il est empreint, mais par l'autorité de celui qui le tenait.

Nous pouvons donc, nous devons rester logiques avec nous-mêmes et conserver au mot tiers le sens que nous lui avons toujours attribué. Ajoutons seulement et pour finir que les auteurs seraient arrivés au même résultat s'ils avaient bien déduit les conséquences de

1. Fenet, t. XIII, p. 295.

leurs arguments. Frappé de l'identité des dangers qui les menaçaient tous, M. Laurent avait très justement conclu : « Sont tiers, tous ceux qui n'ont pas figuré à l'acte.... » (1) Et son erreur est seulement d'avoir considéré comme figurant à l'acte des créanciers qui ne peuvent y avoir figuré. Quant à M. Marinier il avait dit : « L'art. 1321 décide, etc... Le mot tiers renferme ici toute personne autre que les parties contractantes et leurs héritiers, ce qui comprend les ayant-cause à titre singulier. Cette même expression, dans l'art. 1328, doit avoir la même signification. Ces deux dispositions sont conçues dans la même pensée : toutes deux ont pour but de protéger contre la fraude des personnes qui y sont étrangères et à qui elle pourrait porter préjudice » (2). Mais si l'art. 1328 peut être expliqué par l'art. 1321, de deux choses l'une : ou M. Marinier croit que l'art. 1321 ne peut être invoqué par les créanciers dans tous les cas, et alors il est en contradiction avec la doctrine et la jurisprudence ; ou il ne le croit pas, et il est en contradiction avec lui-même quand il refuse à ces créanciers le droit d'invoquer toujours l'art. 1328.

152. — Ce travail était déjà très-avancé lorsque nous avons retrouvé la plupart des solutions qu'il renferme sur l'art. 1328, dans une monographie trop peu connue qui a pour auteur M. Braas, juge au Tribunal de

1. T. XIX, n° 304, p. 337.
2. Rev. prat. t. VIII, p. 420. Cfr. t. II, p. 34, note.

Namur. L'auteur, dont le nom a été déjà cité et certaines doctrines refutées dans cette thèse, reconnaît notamment au créancier la qualité de tiers dans tous les cas et « rejette toutes les distinctions proposées par les auteurs entre les créanciers. » (1) Sa doctrine diffère de la nôtre seulement en deux points. D'abord par les justifications qu'il en donne : M. Braas notamment croit impossible d'expliquer l'art, 1328 par l'art. 1321. Cette première différence en engendre une seconde, car son argumentation lui permet d'adopter pour des raisons que nous allons réfuter une solution contraire à la nôtre quant au mandant. Il doit bien reconnaître que ce mandant n'est pas un tiers au sens de l'art. 1321 ; mais il prétend qu'il a cette qualité au sens de l'art. 1328. Il a cru que son raisonnement commettrait une pétition de principe en décidant autrement : « Ce vice, dit-il, est déjà flagrant en l'énoncé même de la question, dès qu'on se demande si le mandant est partie ou tiers aux actes privés de mandataire, car il s'agit précisément de savoir si relativement a tel ou tel acte privé le mandant est véritablement mandant, si le mandataire l'a souscrit en cette qualité. Énoncer que l'un est mandant, que l'autre a agi comme mandataire, c'est résoudre du coup la difficulté dans son terme final. C'est dire que le mandant est obligé, qu'il est tenu de subir l'exécution du *negotium juris* consigné en l'acte (2). » Nous répondrons au savant magistrat que

1. Braas, p. 197.
2. Braas, p. 153 et s.

son raisonnement tournerait dans tous les cas dans le même cercle vicieux que celui qu'il combat. Si tenir la date pour vraie, c'est affirmer l'existence du mandat la tenir pour fausse, c'est la nier ; et comme c'est elle qui est en question, dans les deux cas il y a égale pétition de principe. Mais la question ne se présente pas dans les termes où il la pose. Il ne s'agit pas de savoir si le mandant est obligé, mais s'il est présumé obligé; la preuve contraire lui est réservée. On produit au mandant un acte de son mandataire daté d'une époque antérieure à la cessation du mandat; il reconnaît la signature. Toutes les apparences sont contre lui et le droit commun veut que la date lui soit opposable La question est de savoir si l'art. 1328, texte dérogatoire à ce droit commun, a voulu le protéger contre le danger d'une collusion entre le tiers et le mandataire? Il n'y a dans tout cela ni pétition de principe, ni cercle vicieux. Et pour résoudre la question, il n'est qu'une ressource, c'est de consulter ce que fait le législateur dans les cas semblables où il faudrait protéger le mandant contre une simulation. L'art. 1321 prévoit un de ces cas et il fournit la réponse, puisque nous avons la bonne fortune de trouver les auteurs et M. Braas lui-même d'accord pour déclarer que ce texte ne protège pas le mandant. Si le législateur n'a pas voulu protéger le mandant contre les contre-lettres, pourquoi le protégerait-il contre les antidates? Dans les deux cas le danger est le même et nous avons insisté sur le lien qui unit les deux textes.

On conçoit d'ailleurs la solution du législateur. Le mandant a suivi la foi du mandataire, et s'il est trompé, il a une part de faute dans sa désillusion. Dans un ordre d'idées tout différent l'art. 1384 §§ 3 et 5 nous donne un exemple de la sévérité particulière de la loi à l'encontre de ceux qui placent leur confiance en des personnes indignes.

153. — Telle est selon nous la portée de l'art. 1328 ; l'importance qu'il y avait à la déterminer n'est pas à démontrer. Il ne faudrait pas toutefois s'exagérer la place que la présomption de simulation édictée par ce texte tient dans la pratique. Il est des actes auxquels elle n'est pas applicable et qui font foi de leur date; il en est d'autres où la date est sans intérêt, et enfin même en dehors de ces hypothèses l'application de l'art. 1328 est soumise à des conditions qu'il faut déterminer.

154. — Il est des actes qui font foi de leur date.

C'est la règle pour les actes, quels qu'ils soient, en matière commerciale. L'art. 1328 est placé au Code civil et n'est pas reproduit au Code de commerce.

En matière civile, c'est aussi la règle pour le testament olographe.

Il faut admettre la même solution pour les quittances. La question s'est surtout posée lorsqu'il s'agit d'opposer une quittance au cessionnaire d'une créance ou au créancier qui fait une saisie-arrêt. En principe, cette quittance leur est opposable. Ce n'est pas qu'il y ait de raison bien juridique de décider ainsi. Il faut, en effet,

repousser toutes celles qui ont été alléguées. La jurisprudence dit que le cessionnaire ou le créancier saisissant sont des ayant-cause et ne peuvent invoquer l'art. 1328. Inutile de reproduire les réponses déjà faites à cet argument. — M. Larombière argumente *a fortiori* de l'art. 1240. Le paiement fait de bonne foi au possesseur d'une créance est valable et libératoire ; à plus forte raison le paiement fait au véritable créancier (1) : le juge doit uniquement se préoccuper de la bonne foi du *solvens* ; si le *solvens* a été de bonne foi, son paiement est opposable au tiers. C'est ici qu'apparaît complètement la confusion entre le *negotium juris* et l'*instrumentum* qui le relate. Il ne s'agit pas de savoir si le paiement est valable, mais si l'acte qui le constate fait foi de sa date contre les tiers. — M. Rodière allègue que la cession est nulle faute d'objet, la créance étant éteinte. (2) Mais c'est la question : il s'agit de savoir si, à l'égard du cessionnaire, la créance est éteinte. Et M. Rodière ne répond rien de topique à cette difficulté qu'il a d'ailleurs prévue. Il se borne à reproduire l'argument de la jurisprudence et à invoquer l'équité. — En réalité, la solution que nous indiquons ne peut se justifier que par la tradition constante de l'ancien droit et les nécessités pratiques. Ce serait aller contre tous les usages que d'exiger l'enregistrement des quittances (3).

155. — En d'autres hypothèses, la date est indiffé-

1. Larombière, t. VI, p. 131.
2. Note sous un arrêt de Lyon, 3 juillet 1873. Sir. 74, 2, 225.
3. Trib. Seine, 14 déc. 1878, J. E , no 21074.

rente. Ainsi s'agit-il de la propriété de meubles corporels? On ne peut supposer une difficulté que si aucune des parties en présence n'a été mise en possession ou si cette possession ne réunit pas les conditions exigées par l'art. 2279. Pour les meubles incorporels, le conflit entre deux cessionnaires est également résolu par des principes spéciaux ; celui-là est préféré qui a le premier accompli les formalités prescrites par l'art. 1690.

156. — Enfin en matière immobilière, la loi du 23 mars 1855, la publicité des donations et des hypothèques enlèvent une grande partie de son intérêt à la présomption de simulation. Sans entrer, en effet, dans l'étude des règles qui régissent les conflits prévus par les lois sur la publicité il suffit de rappeler que la transcription ou l'inscription donnent date certaine aux actes.

157. — Alors même que la présomption de simulation serait utile, elle est soumise à certaines conditions.

Nous croyons pouvoir les réduire à deux.

Il faut d'abord que celui qui veut se prévaloir de l'art. 1328 y ait un intérêt. Cette condition est si évidente que nous ne l'aurions pas énoncée si elle ne fournissait une occasion de développer l'une des parties les plus intéressantes du système que nous avons défendu. C'est au sujet des créanciers chirographaires que l'étude de cette condition présente une réelle utilité. A l'inverse de l'acquéreur à titre particulier, le créancier chirographaire doit subir les conséquences des actes passés par son débiteur, alors même que ces actes sont postérieurs à la naissance

de son droit. On ne conçoit donc pas en principe que le créancier conteste la date d'un acte de son débiteur. Pour qu'il ait intérêt à la contester, il faut que le débiteur soit devenu à un moment donné incapable de disposer au préjudice de ses créanciers — c'est ce qui arrive au cas de faillite — (1) ou encore que le débiteur se fût expressément obligé à ne pas faire sans l'assentiment ou l'assistance du créancier l'acte même dont la date est en question. Semblable obligation se rencontrait dans l'espèce jugée par un arrêt du 23 juillet 1866 (2) dont nous avons déjà parlé. Cet arrêt est cité à l'appui de leur doctrine par les auteurs qui refusent au créancier demandant un partage au nom de son débiteur le droit d'invoquer l'art. 1328 à l'encontre des actes de partage prétendus antérieurs qu'on lui oppose. Les circonstances de la cause sont assez intéressantes pour être résumées et elles montreront à quels résultats injustes aboutit la doctrine adverse. Par acte notarié du 4 octobre 1862 les époux Belot se reconnaissent débiteurs d'une somme de 25.000 avec affectation hypothécaire de la portion de la dame Belot dans les immeubles dépendant de la communauté qui avait existé entre sa mère encore vivante et son père décédé en 1845, communauté que l'acte déclarait être indivise

1. En serait-il de même s'il s'agissait d'une incapacité établie dans l'intérêt du débiteur lui-même ? Il faudrait, croyons-nous, aller jusque-là, car le danger étant toujours le même pour les créanciers qui ne participent point à la rédaction de l'acte, la protection doit toujours être la même.

2. D. P. 66. I. 494.

entre elle et ses enfants. Les époux prenaient l'engagement de ne point procéder au partage de la communauté dont il s'agit sans y appeler leur créancier, lequel forma en outre, après avoir fait inscrire son hypothèque, l'opposition prescrite par l'art. 882. En 1864 la mère décéda. Ses enfants, les frères Housseau, frères de la dame Belot ayant demandé le partage de la succession de la défunte sans conclure à la liquidation et au partage préalable de la communauté qui, selon l'acte de 1862, était indivise entre elle et ses enfants, le sieur Paitel intervint dans l'instance et demanda ce partage préalable. Les sieurs Housseau opposèrent à l'intervenant un acte sous seing privé portant la date du 2 janvier 1846, mais enregistré seulement le 25 avril 1864, qui attribuait à la veuve Housseau mère, moyennant des sommes d'argent régulièrement payées, tous les biens de la communauté d'entre elle et son mari, biens sur lesquels la dame Belot n'avait plus dès lors aucun droit indivis lors de l'acte de 1862 et de l'opposition à partage qui l'avait suivi. Ils en tiraient la conséquence qu'il n'y avait plus lieu qu'au partage de la succession maternelle où ne se retrouvaient pas d'ailleurs les immeubles de la communauté des époux Housseau père et mère, la dame Housseau les ayant aliénés. Le sieur Paitel combat l'acte invoqué comme dépourvu de date certaine antérieure à son opposition. Mais l'arrêt le déboute de ses prétentions, parce qu'il n'a pu former la demande en partage qu'en vertu de l'art. 1166, au nom de son débiteur et qu'il n'est dès lors pas un

tiers au sens de l'art. 1328. Nous croyons qu'il serait difficile de trouver un exemple plus saisissant des inconvénients du système de la jurisprudence, et de la majorité des auteurs. Voilà un créancier hypothécaire qui a fait opposition à un partage, et cette opposition a pour but, non-seulement de sauvegarder son droit de gage général, mais même et surtout ses droits hypothécaires. Mieux encore, il a obtenu l'engagement de son débiteur que le partage ne sera pas accompli hors sa présence. Et lorsqu'il vient réclamer ce partage au nom de ce débiteur, on lui oppose un acte de ce dernier que celui-ci a pu antidater à son gré, et la preuve de l'antidate est à sa charge ! C'est aller directement contre le vœu de la loi.

Seconde et très importante condition. Pour qu'une personne puisse invoquer contre une autre la présomption de simulation de l'art. 1328, il faut que son titre à elle ait acquis date certaine, Si en effet les deux titres en conflit n'ont été enregistrés ni l'un ni l'autre, les deux adversaires se renverront la présomption de simulation, et aucun d'eux ne pourra prétendre à l'invoquer seul. En pareil cas, il y aurait lieu de s'en tenir aux apparences, et ce serait à celui qui allègue la simulation, à prouver le bien fondé de sa prétention, selon les règles générales.

## CHAPITRE IV

### DE LA SIMULATION EN DROIT FISCAL.

158. — C'est contre le fisc qu'est le plus souvent peut-être dirigée la simulation. Son étude au point de vue du droit fiscal présente donc un intérêt particulier. Chose remarquable, il y aurait quelque nouveauté à la faire. Sans doute, dans les hypothèses qui ont donné lieu à des difficultés, les auteurs et la jurisprudence fournissent des solutions isolées ; personne n'a tenté de les rassembler, ni de systématiser la matière. Le droit fiscal est d'ailleurs si intimement lié au droit civil qu'on ne s'étonnera pas de retrouver dans ces solutions le manque de netteté que nous avons constaté à propos du droit civil.

159. — Il faut dire que le législateur a contribué aux confusions. Une étude de la simulation en droit fiscal, devrait porter uniquement sur l'hypothèse suivante : « Les parties ou l'une d'elles, volontairement et en connaissance de cause, ordinairement pour éviter de payer les droits auxquels serait soumis l'acte réel, présentent à l'enregistrement un acte contenant simulation ou font une déclaration verbale mensongère. »

Or il est impossible d'étudier cette hypothèse seule. La loi fiscale ne distingue pas toujours la déclaration fausse de la déclaration inexacte, le mensonge d'avec l'erreur. Le législateur a craint sans doute les difficultés de preuve que l'on rencontre toujours quand l'intention des personnes est en cause. Il avait en l'an VII écarté toute preuve d'intention frauduleuse. On peut, il est vrai, signaler sur ce point une évolution juridique très intéressante. Les questions d'intention prennent tous les jours une place plus considérable dans la loi fiscale et le jour n'est peut-être pas éloigné où l'on pourra complètement isoler la simulation des faits plus ou moins analogues. Actuellement cet isolement est tantôt possible, tantôt impossible.

160. — Du moins éviterons-nous de faire rentrer dans ce sujet ce qui n'y rentre pas nécessairement et pour prévenir toute confusion, nous écarterons par exemple l'hypothèse où les parties omettent, soit de présenter un écrit, soit de déclarer une opération juridique dont la loi exige la présentation ou la déclaration : nous ne faisons pas la théorie des mutations secrètes.

161. — Une règle générale peut être inscrite en tête de cette étude : si la simulation lèse le Trésor, la lésion touche à des intérêts privés et n'intéresse pas directement, en droit, l'ordre public. Sans doute la lésion a ici une gravité exceptionnelle ; aussi la loi ne se borne-t-elle pas à exiger la réparation du préjudice, elle inflige des peines. Mais l'existence de ces peines n'altère pas le ca-

ractère de la demande du Trésor ; il agit au nom des intérêts privés de l'Etat ; c'est un créancier qui fait valoir sa créance.

162. — L'Administration apparaît ainsi, abstraction faite des peines dont nous venons de parler, comme un tiers quelconque. Et, en règle générale, il est vrai de dire que les principes qui régissent les tiers lui sont applicables ; qu'elle a les mêmes droits qu'eux. Tout fait prévoir même que cette assimilation sera tôt ou tard à peu près complète. A côté, en effet, de la tendance déjà signalée à distinguer d'avec les faits analogues le fait spécial de la simulation, on doit signaler une tendance à replacer de plus en plus l'Administration sous l'empire du droit commun, en matière précisément de simulation.

163. — Quant à présent, trois différences principales existent d'une façon générale, et sauf quelques exceptions, entre l'Administration et un tiers.

Elle agit par une procédure spéciale et cette procédure est incompatible avec certains modes de preuve.

La loi restreint même souvent les modes de preuve que la procédure des instances où l'administration est partie comporterait. Elle établit aussi des délais particuliers de prescription.

Enfin — et cette différence subsistera toujours — la loi fiscale prononce des peines au profit du Fisc.

Insister sur ces différences, grouper les solutions éparses, les rapprocher des principes posés en droit civil : tel est le but de cette étude très sommaire.

Il eût été chimérique de vouloir embrasser toute la matière de la simulation en droit fiscal. Nous avons choisi les points principaux, et au reproche d'avoir été incomplets, nous n'aurions qu'une chose à répondre, c'est que nous devions l'être.

164. — Nous distinguerons la simulation dans les actes, la simulation dans les valeurs. On verra au cours même de ce chapitre le sens de ces mots qui manquent de précision.

## Section I

### De la simulation dans les actes.

165. — On présente à l'enregistrement un écrit qui constate ou on déclare verbalement une opération qui serait intervenue à une certaine date entre certaines personnes.

Dans tous les cas, quels que puissent être les événements ultérieurs, l'Administration peut percevoir le droit afférent à l'opération déclarée, et ce droit ayant été régulièrement perçu ne sera jamais restitué (art. 60 l. frim).

166. — L'acte présenté ou la déclaration faite peuvent être diversement entachés de simulation.

167. — I. Il peut d'abord y avoir simulation absolue. Les parties ont feint une vente ; une contre-lettre annulait l'opération apparente. Supposons qu'un jugement ou une contre-lettre écrite portés à la connaissance de

l'Administration après la perception première, constate l'inexistence de cette vente (1). On verra, par ce que nous dirons de cette espèce, si l'Administration, quand on ne lui fait pas connaître la réalité, a intérêt a l'établir.

A notre sens, le droit de mutation perçu sur la vente ne sera pas restitué ; mais quant au jugement ou à la contre-lettre, puisqu'il constate l'inexistence de l'acte juridique, il n'opère pas rétrocession et n'encourt qu'un droit fixe.

La doctrine et la jurisprudence donnent une solution toute différente. La question a été tranchée notamment par un arrêt des Chambres réunies du 29 déc. 1821 (2). On peut, croyons-nous, résumer ainsi la théorie généralement admise : La simulation *non frauduleuse* n'est pas une cause de nullité radicale des actes ; le jugement qui annule un acte pour simulation opère donc une rétrocession du prétendu acheteur au prétendu vendeur, et il est frappé d'un droit de mutation. En d'autres termes, cela revient, sinon en droit, du moins en fait, à frapper et le contrat et la contre-lettre. Dans le cas de simulation *frauduleuse*, ce système se divise : pour les uns, la simulation est une des causes de nullité radicale, et le

1. Nous choisissons à dessein l'hypothèse d'un jugement ou d'une contre-lettre écrite parce que c'est la plus claire ; il ne faudrait pas conclure de ce que nous disons, que l'administration en est réduite à ces moyens de preuve en matière de simulation.

2. V. aussi Trib. Auch. 24 décembre 1883. Rép. pér. enr. n° 6399. — Sol. 21 oct. 1867 Rép. pér. enr. n° 2609. — Naquet. Traité théorique et pratique des droits d'enregistrement, T. I, n. 110.

jugement ne devra encourir qu'un droit fixe ; aux yeux des autres, la nullité n'est pas radicale, elle n'est pas opposable aux tiers — et l'Enregistrement est un tiers — ; à leur égard, il y a rétrocession, un droit proportionnel doit être perçu.

A aucun titre ces solutions ne sont acceptables. Elles méconnaissent absolument le caractère et les conséquences de l'action en déclaration de simulation. Nous avons déjà bien des fois répété que l'action en nullité d'un acte pour simulation *frauduleuse*, action spéciale dont il est sans cesse question dans les auteurs, n'existe pas. Il y a une action en déclaration de simulation de l'acte apparent qui aboutit à faire constater l'inexistence de cet acte, admissible indépendamment de toute allégation de fraude, et fondée sur cette idée élémentaire que toute personne, dès qu'elle y a intérêt, a le droit de faire constater l'inexistence d'un acte. Il peut y avoir en outre dans une hypothèse qui n'est pas la nôtre, celle de simulation frauduleuse relative, une action en nullité de l'acte réel, fondée sur ce que cet acte est frauduleux, non pas sur ce qu'il a été dissimulé. Nous ne renouvelons pas ici la démonstration. Mais il y aurait confusion à voir dans le cas de simulation frauduleuse une nullité radicale qui n'existerait pas dans celui de simulation non frauduleuse : dans les deux cas, il y a inexistence de l'acte simulé.

Il est vrai qu'aux termes de l'art. 1321 cette inexistence n'est pas opposable aux tiers, et on a pu être tenté de faire intervenir ce texte dans la question.

Voici sans doute comment on a raisonné : L'Administration est un tiers, elle a le droit de ne pas se voir opposer les contre-lettres, elle peut donc tenir la vente fictive pour réelle ; et si cette vente est réelle, le jugement qui l'annule, pour parler le langage inexact de la doctrine, ou qui la résout, pour employer l'expression absolument erronée de certains auteurs, opère à son égard rétrocession ; il y a deux mutations, deux droits proportionnels à percevoir. C'est là non pas appliquer l'art. 1321, mais le détourner de son but. Ce texte n'a aucune application dans notre espèce. Ce n'est pas lui, tout d'abord, qu'il est nécessaire d'invoquer pour justifier la perception d'un droit sur la vente fictive, quand la perception a été faite antérieurement à la preuve de la simulation ; cette perception est justifiée par le fait de la présentation volontaire de l'acte à l'enregistrement, et l'art. 60, l. frim., la rend définitive. Mais on ne saurait non plus tirer de ce texte la justification de la perception d'un droit proportionnel sur le jugement ou la contre-lettre. Le raisonnement de l'Administration revient à ceci : tenir la contre-lettre pour non-avenue, afin de pouvoir considérer la vente fictive comme réelle ; la tenir pour existante, afin d'établir que le vendeur est actuellement propriétaire, et conclure qu'il y a eu rétrocessoin. Or, ce n'est pas là ce qu'autorise l'art. 1321 ; il permet au tiers de s'en tenir à l'apparence ou à la réalité, mais non pas de dénaturer l'une et l'autre. Il y a eu vente ou il n'y en a pas eu, mais il n'y a pas eu vente et rétrocession. Il est donc im-

possible de dire que la preuve de la simulation aboutira toujours à la perception d'un nouveau droit proportionnel. Il est peut-être encore plus impossible de dire avec quelques auteurs que cette perception aura lieu dans les cas de simulation non-frauduleuse seulement. Dans cette dernière théorie, les parties seraient donc d'autant plus favorisées qu'elles sont moins dignes d'intérêt ! Ce système, erroné en droit, ne peut pas même invoquer en sa faveur des considérations d'équité.

Il suit de ce que nous venons de dire, que l'Administration ne devant percevoir qu'un droit fixe sur le jugement qui constate la simulation n'a aucun intérêt à solliciter elle-même un tel jugement. Elle en aurait un, au contraire, dans le système de la jurisprudence, et ce n'est pas une des conséquences les moins étranges de sa théorie.

158. — II. Il peut y avoir simulation dans la nature du contrat, en vue de bénéficier d'une différence entre l'impôt qui frappe l'acte apparent, et celui qui frapperait l'acte réel, ou pour tout autre motif (1). C'est le cas d'une donation déguisée. Entre les autres exemples que fournit la pratique, on peut signaler celui du cautionnement présenté sous la forme d'une obligation solidaire. On peut aussi rattacher à cette hypothèse celle où les parties déclarent verbal un bail écrit.

1. On comprend, en effet, que des parties qui ont eu des raisons absolument étrangères au paiement des droits d'enregistrement de simuler un contrat persistent dans leur mensonge dans les déclarations faites au fisc, pour ne pas dévoiler leur combinaison.

Ici, comme dans la précédente hypothèse, nous supposerons que la preuve de la simulation se trouve acquise postérieurement à la perception sans que l'administration l'ait provoquée. Et voici, ce nous semble, les solutions à adopter : ou bien l'acte dissimulé sera valable (et il en serait de même si, quoique nul, il n'avait pas été annulé), et l'Enregistrement percevra le droit qui doit le frapper, ou plutôt la différence entre ce droit et le droit déjà perçu ; ou bien il sera nul et la nullité en aura été prononcée après que la simulation de l'acte apparent aura été prouvée, et le Trésor ne pourra frapper le jugement que d'un droit fixe (1).

1. Ce serait le cas d'un contrat pignoratif déguisé sous une vente à réméré avec relocation au vendeur. La vente à réméré et le bail ont été frappés; mais le jugement qui annule l'acte n'encourra qu'un droit fixe.— M. Demante professe une doctrine contraire assez insaisissable et dans tous les cas inadmissible. Il y a dans l'espèce, il le dit lui-même (t. I, n° 384), une simulation qui viole les dispositions de la loi sur l'usure et qui, par conséquent, est contraire à l'ordre public. Il règle ainsi l'espèce : un droit de vente et un droit de bail seront d'abord perçus sur la vente à réméré avec relocation et ne seront jamais restitués. Cela est d'évidence. Mais arrivant au jugement, il se demande de quel droit on doit le frapper et il répond : « La question revient à savoir si l'annulation d'un acte pour simulation frauduleuse est radicale, c'est-à-dire si elle produit un effet rétroactif au regard des tiers. » Il conclut négativement et pense que « le jugement dont il s'agit encourt le droit proportionnel d'enregistrement comme acte judiciaire translatif de propriété à titre onéreux. » C'est là ce qui ne saurait être admis. On retrouve ici cette idée déjà réfutée que l'action en déclaration de simulation frauduleuse est une action en nullité pour fraude, ouverte à la victime seule et concernant uniquement ses rapports avec l'auteur de la fraude. Erreur certaine : il y a dans l'espèce une déclaration d'inexistence de la vente à réméré, une annulation prononcée pour raisons d'ordre public d'un contrat pignoratif : celui-ci est annulé *ex causâ*

On voit dès lors que le Trésor n'aura intérêt à provoquer lui-même la preuve de la simulation que si l'acte dissimulé est valable et paie un impôt plus fort que l'acte simulé. Mais dès que son intérêt existe, son droit existe aussi ; on ne saurait faire à l'État une situation inférieure à celle d'un créancier quelconque (1).

159. — L'administration n'a jamais intérêt à prouver purement et simplement la simulation; elle doit établir

*primævâ et antiquâ*. Quant à la vente, elle n'a même jamais existé. Et cela au regard de tous, du Fisc comme de toute personne. Car, pas plus ici que dans le cas de simulation absolue on ne saurait prétendre appliquer l'art. 1321. (V. ci-dessus p. 193.)

1. V. une série de décisions judiciaires rapportées dans le Rép. pér. Table des années 1864 à 1873. Vol. 1873. V°Donation, p. 693.—Cass. 16 décembre 1885, Sir. 86, 1, 485. — Trib. Nontron, 4 mars 1885, Sir. 86, 2, 199. — Nombre d'auteurs ont cependant hésité à reconnaître à l'Administration le droit de prouver la simulation, et, par suite, le droit de prouver l'acte réel. Les actes, disent-ils, sont pour l'Administration ce qu'ils sont pour les parties elles-mêmes et la nullité n'en peut être invoquée ni pour amener la restitution des droits perçus sur l'acte nul, ni pour fonder une perception plus avantageuse. M. Demante (t. II, n° 598) proteste contre cette doctrine ; en réalité il ne fait que la tempérer. « Le principe en question, dit-il, ne s'applique pas au cas où l'acte contient une simulation frauduleuse conçue précisément en vue d'éluder l'impôt. Elle (l'Administration) a qualité pour relever les vices dirigées contre elle-même. » Or, comme on conçoit à merveille d'autres motifs de dissimuler un contrat et surtout une donation que le désir de frauder le fisc, il s'ensuit que, d'après M. Demante lui-même, l'administration sera très souvent désarmée. Elle éprouve cependant un préjudice, qu'on ait ou non voulu la frauder. Or, nous ne saurions admettre qu'elle ne puisse l'éviter. On a méconnu la nature de l'action en déclaration de simulation : l'Administration peut écarter l'acte onéreux qui cache la donation parce que cet acte est inexistant, et que tout intéressé peut prouver l'inexistence d'un acte. Quant au droit de prouver la donation, on ne saurait le mettre en doute dès que la preuve de la simulation est reconnue possible.

l'acte réel, car c'est lui qu'elle veut atteindre. Et l'on peut d'ailleurs ici, sans inconvénient, confondre ces deux preuves, que nous avons si soigneusement distinguées en droit civil. Absolument étrangère en effet, *penitus extranea,* soit à la simulation, soit à l'acte réel, l'administration dispose pour prouver l'une et l'autre des mêmes moyens de preuve ; elle entreprend les deux preuves en son nom personnel. Quant à ces moyens de preuve, la qualité de tiers que nous lui reconnaissons les détermine d'avance : ce sont tous ceux qui sont compatibles avec la procédure imposée à l'Administration dans les instances où elle est engagée (1). Cette procédure est écrite ; elle ne comporte ni l'interrogatoire, ni le serment, ni la preuve testimoniale (2). L'Administration devra donc produire des écrits, des jugements, ou allègue des faits juridiquement constatés. Mais il n'est pas nécessaire que ces écrits, faits ou jugements établissent la simulation et l'acte dissimulé ; il suffit qu'ils les rendent vraisemblables. Nous ne faisons, en effet, aucune difficulté d'admettre la preuve par présomptions. Il est vrai que les présomptions ne vont pas d'ordinaire sans la preuve testimoniale (art. 1353, C. civ.) ; mais on remarquera que l'exclusion de la preuve testimoniale tient surtout ici à des motifs de fait, à des raisons de pro-

1. Trib. Brux. J. E., n° 18915, VII. — Trib. Carcassonne, 24 mars 1873, dans Garnier, Rép., v° Cautionnement, n° 3414. — Trib. Verdun, 28 juin 1878, Sir. 79, 2, 58.

2. V. motifs. Cass. 29 fév. 1860. Sir. 60, 1, 475.

cédure qui ne se retrouvent pas quand il s'agit des présomptions. Nous ne pouvons refuser un moyen de preuve que la nature des choses ne proscrit pas, et que la loi n'interdit point expressément à un tiers. Nous invoquerons en notre faveur l'autorité d'une jurisprudence unanime, conforme aux traditions de notre ancien droit. La doctrine est moins nette et plus hésitante. M. Demante semble pencher pour l'affirmative en certains endroits, ailleurs pour la négative (1). MM. Championnière et Rigaud très énergiques d'abord en faveur de l'admission des présomptions, ne tirent point toutes les conséquences de leurs principes (2); on peut ajouter que ces auteurs ne parlent que de la simulation conçue précisément en vue de frauder le Fisc.

160. — La loi dispense même quelquefois l'adminis-

1. V. par exemple nº 439, où l'auteur admet la preuve d'un cautionnement déguisé sous une obligation solidaire « par les circonstances de la cause », et nº 767 : « L'interrogatoire, le serment, la preuve testimoniale, *les présomptions de fait*, tout cela, en règle générale, est incompatible avec l'économie des lois de l'enregistrement et la procédure spéciale de la matière. »

2. « Le caractère particulier de la fraude, disent-ils au nº 666 de leur Traité des droits d'enregistrement, est d'être cachée ; les parties mettent tout en œuvre pour la dérober aux yeux de celui qu'elles veulent tromper. De là vient que les lois ne demandent pas des preuves directes et proprement dites de sa perpétration ; elles se contentent d'indices à travers lesquels on puisse percer le voile qui la couvre, c'est-à-dire des présomptions et conjectures graves et qui soient prises des différentes clauses de l'acte, des *circonstances antérieures et postérieures*, et de tous les signes qui puissent concourir à manifester la vérité. Ces principes, fondés sur la nature des choses, ont été reconnus dans tous les temps. » — Pourquoi les savants auteurs n'admettent-ils donc aucune preuve extrinsèque lorsqu'il s'agit d'établir qu'un cautionnement est déguisé sous une obligation solidaire ?

tration de la preuve ; elle établit — c'est du moins une explication possible de ses dispositions — une présomption légale de simulation. Ainsi, l'art. 69, § 3, n° 3, l. frim., tarife au droit d'obligation « les reconnaissances de dépôts de somme chez les particuliers. » Elle a présumé une dissimulation de prêt. Cette présomption serait, d'après quelques auteurs, susceptible de preuve contraire (1) : il vaut mieux reconnaître, avec M. Demante, que « le dépôt de sommes chez des particuliers étant tarifé sans distinction, on ne doit pas limiter la disposition de la loi par la considération des motifs plus ou moins vraisemblables que la doctrine lui peut assigner (2) ».

161. — III. L'acte présenté, la déclaration faite peuvent — c'est le troisième cas que nous ayons à étudier — contenir une simulation dans les personnes ou dans la qualité des personnes.

162. — Il y a d'abord le cas de prête-nom proprement dit, dont l'exemple le plus simple est celui d'un acquéreur apparent dissimulant un acquéreur réel. Une indication générale est ici seule possible. Le cas ordinaire est celui ou le prête-nom fait enregistrer l'acte de vente, sans faire connaître au fisc sa qualité de simple mandataire d'un tiers et remet ensuite le bien acheté à son mandant. L'apparence est qu'il y a eu deux mutations : de fait, le Trésor perçoit

1. Champ. et Rigaud, t. II, n° 830.
2. Demante, t. I, n° 406.

deux droits proportionnels (1). Cette pratique est fondée sur ce qu'au regard des tiers le prête-nom est réellement titulaire du droit qu'il semble avoir acquis ; si le bien est en la possession d'un tiers, c'est qu'il y a eu nouveau déplacement de la propriété. Il serait intéressant de discuter cette pratique, car elle comporterait peut-être quelques critiques. Les rapports d'un prête-nom avec un tiers sont régis par l'article 1321 du Code civil; c'est-à-dire que le tiers peut choisir à son gré entre les termes de l'acte écrit et la réalité du contrat, il peut prouver la simulation et on ne peut la prouver contre lui. Or le Trésor ne s'attache ni à la teneur de l'acte, qui constate une seule mutation au profit du prête-nom ; ni à la vérité du contrat qui a opéré une seule mutation du vendeur à l'acquéreur réel. Il considère qu'il y a eu deux mutations. On pourrait, nous le répétons, contester cette prétention avec quelque apparence de vérité ; mais il ne s'ensuivrait pas que les deux droits de mutation ne seraient pas perçus; l'un qui en réalité n'était pas dû, qui n'aurait pas été payé s'il n'y avait pas eu simulation, a été régulièrement perçu sur l'acte simulé présenté à l'enregistrement et ne sera pas restitué, (art. 67, l. frim) ; — en outre il y a une mutation certaine, celle du vendeur au profit de celui que dissimulait le prête-nom, et celle-là n'a pas été frappée ; il y aurait donc lieu de

1. Cass. 21 août 1876. Sir. 77, 1, 132 ; Trib. Seine 2 mars 1877. Rép. pér. enr. n° 4727.—Cpr. Cass. 11 avril 1877. Rép. pér. enr. n° 4682.

la frapper. En sorte que la théorie que nous venons d'énoncer très-rapidement n'aurait pas d'intérêt pratique appréciable. Aussi ne l'avons nous indiquée que pour éviter le reproche de contradiction et parce que nous avons déjà une fois, au cas de simulation absolue, repoussé cette prétention de l'Administration de ne s'en tenir ni à l'apparence ni à la réalité du contrat, mais à l'apparence des faits.

163. — La pratique fournit un exemple plus intéressant de simulation dans la qualité des personnes. Il est arrivé qu'un acquéreur qui revendait essayait de dissimuler la revente sous les dehors d'une déclaration de command, tentant ainsi de faire croire à une seule transmission, alors qu'il y en avait eu deux. Il arrive aussi qu'un acquéreur se prétende simple mandataire de son vendeur lorsqu'il revend à un tiers et soutienne qu'il n'y a eu qu'une transmission, alors qu'il y en a eu deux (1). L'admininistration a le droit de prouver la simulation. La loi vient même à son secours ; préoccupée des fraudes possibles, elle a établi des conditions rigoureuses pour qu'une déclaration de command soit opposable à l'Administration. Si en effet il n'y a pas eu réserve de la faculté d'élire dans l'acte même d'acquisition, si la déclaration n'a pas été faite par acte public (2), si dans

1. Sur cette simulation spéciale, v. Dict. de l'Enreg. 3e édit. vo Mandat, no 162 et suivant.

2. V. Cass. 27 août 1868. Rép. pér. enr. no 2943. Un acte sous seing-privé déposé dans les 24 heures chez un officier public suffirait. V. Demante, no 222, note.

les 24 heures elle n'a pas été notifiée à l'Administration, il y a, au regard de la loi fiscale (1), achat suivi de revente, et deux droits de mutation doivent être perçus (art. 69, § 7, n° 3, l. loi frim). Cette présomption est irréfragable.

164. — Nous avons supposé jusqu'ici dans les trois grandes hypothèses de simulation que nous avons étudiées que la preuve de la simulation intervenait après la perception du droit sur l'acte apparent. Mais on pourrait supposer que la simulation a été constatée avant la perception du droit. Pour cette perception l'Administration peut avoir intérêt à frapper l'acte apparent ou au contraire à frapper l'acte réel. Elle a intérêt à frapper l'acte réel s'il est valable et paie un droit plus fort que l'acte apparent. C'est ce dernier au contraire qu'elle aurait intérêt à atteindre si l'acte réel est frappé d'un droit plus faible ou s'il a été annulé *ex causâ primævâ et antiquâ*. De même s'il s'agit d'une simulation dans les personnes, l'administration peut avoir intérêt à frapper l'acquéreur apparent ou l'acquéreur réel, selon par exemple que l'un ou l'autre est plus solvable. A-t-elle le choix ? La question nous semble revenir à celle-ci : l'administration peut-elle invoquer en pareil cas le bénéfice de l'art. 1321, ou est-elle obligée de subir la réalité (2). La question est assurément déli-

1. V. Demante, n° 220, sur la question de savoir ce qu'il advient au regard des autres tiers.

2. Que le droit de l'administration à frapper l'acte apparent ne puisse être fondé que sur l'acte 1321, MM. Championnière et Rigaud le reconnaissent formellement (T. I, n° 414).

cate. Si, en fait, l'Administration n'a pas connu le jugement ou la contre-lettre qui établissait la simulation, en même temps qu'elle avait connaissance de l'acte simulé, elle est de bonne foi, pourrait-elle prétendre, ayant ignoré la simulation quand elle réclamait le droit. Si au contraire elle connaissait cette simulation au moment où elle a réclamé la perception d'un droit sur l'acte apparent, elle n'était plus de bonne foi. Mais il est manifeste qu'on ne peut rechercher en fait dans chaque espèce si le Trésor est de bonne ou de mauvaise foi. Il faut choisir: lorsque le paiement lui sera réclamé sur l'acte simulé, la partie à cet acte pourra ou ne pourra pas opposer au Fisc l'acte qui constate la simulation. La solution est, nous le répétons, très douteuse. Nous inclinerions cependant à ne pas reconnaître au Trésor le droit de percevoir les droits sur l'acte dont la simulation a été établie avant la perception. L'Administration ne pourrait donc percevoir que les droits qui frapperaient l'acte réel, et, si cet acte a été déclaré nul, un simple droit fixe (1). Dans tous les cas il faut refuser au fisc le droit de percevoir l'impôt sur l'acte dissimulé et sur l'acte simulé à la fois.

165. — IV. La simulation dans la date peut, elle aussi, avoir un intérêt pour le Trésor. Il est des contrats qui

1. C'est une question fort discutée que celle de savoir si le Fisc à d'une façon générale le droit de percevoir l'impôt sur un acte judiciairement annulé antérieurement à la perception. La jurisprudence admet généralement la régularité de la perception. Cependant le tribunal de la Seine a adopté, semble-t-il, une doctrine contraire. V. Naquet, t. I, nº 122.

doivent être enregistrés dans un délai déterminé. Telles les mutations d'immeubles, soumises à l'enregistrement dans les trois mois de leur date. L'Administration a le droit lorsqu'on lui présente un acte sous seing privé constatant la vente à telle date de prouver que cette date est simulée, que la vente remonte à plus de trois mois et qu'il y a lieu à la perception d'un droit en sus. C'est là un point certain : la mutation est frappée en elle-même, la loi oblige les parties à la déclarer; ces exigences n'auraient aucun sens si les parties ne devaient faire la déclaration que dans les trois mois de la date qu'il leur conviendrait d'inscrire sur l'*instrumentum*. Les art. 62 et 70 § 3 n° 16, l. frim. fournissent en ce sens un argument surabondant. M. Martin invoque en sens contraire l'art. 22, l. frim. qui soumet les actes qu'il prévoit, lorsqu'ils sont faits sous signature privée, à l'enregistrement dans les trois mois de leur date (1). Mais il est certain que dans ce texte le mot acte doit être entendu du *negotium juris* et non de l'*instrumentum*; sans cela, nous le répétons, la loi ne se comprendrait plus.

La preuve de la simulation entraînera pour les parties une peine déterminée par la loi fiscale et dont le *quantum* n'est pas intéressant pour nous : elle est en général d'un droit en sus (1). Si en outre il s'agit d'une mutation constatée par acte authentique, et que le notaire ait volontairement donné à l'acte une date fausse, l'offi-

1. Martin, p. 384.

cier public encourra les peines du faux ; c'est un cas de ce que les criminalistes appellent le faux intellectuel.

## Section II

### Simulation dans les valeurs.

166. — La simulation est surtout fréquente dans les déclarations de valeurs.

De tout temps le législateur s'est préoccupé de réprimer la fraude par des moyens énergiques.

Notre ancien droit distinguait deux cas : celui où il s'agissait d'une mutation donnant lieu à des droits de lods et ventes ou de quint et de requint, lesquels se calculaient sur le prix convenu entre les parties ; et le cas où il s'agissait d'une mutation donnant lieu à des droits de relief calculés sur le revenu des biens. Dans le premier cas, le seigneur avait un moyen très simple de réprimer la fraude : il pouvait retenir la chose aliénée en payant le prix déclaré par les parties. C'était le retrait : il se subdivisait suivant des distinctions sans intérêt pour nous en retrait féodal et retrait censuel. Dans le second cas au contraire, le seigneur pouvait faire procéder à une expertise.

Ces règles passèrent du droit féodal dans la jurisprudence des Parlements et subsistèrent dans leurs principes essentiels jusqu'à la Révolution. Englobé dans la réprobation qui s'attachait à cette époque aux retraits, le retrait féodal disparut dans la loi du 17 décembre 1790,

loi trop libérale et trop confiante, bientôt remplacée par celle du 9 vendémiaire an VI pour les mutations à titre gratuit. Celle-ci donnait à l'Administration le droit de prouver le revenu ou la valeur en capital des biens par actes propres à le faire connaître, ou, à leur défaut, par une expertise. En cas d'insuffisance la peine était d'un droit en sus. Il importe de remarquer que cette loi frappait également et l'insuffisance des déclarations résultant d'une erreur des parties et la simulation volontaire. Cette égale répression de deux faits si profondément distincts se retrouve également dans la loi du 22 frimaire an VII qui généralisa la loi de l'an VI. Toutefois cette même loi admet une exception à ce principe ; et les lois postérieures ont témoigné de plus en plus, nous avons déjà eu occasion de le dire et nous le démontrerons, d'une tendance à faire la distinction d'abord négligée. Entre toutes ces lois il faut citer la loi du 23 août 1871.

Une étude absolument générale est ici impossible : nous devons très rapidement, mais séparément, étudier les principales hypothèses.

### § I. — *Mutations immobilières à titre onéreux de propriété ou d'usufruit.*

167. — Le droit dont la loi frappe les mutations immobilières à titre onéreux n'est pas proportionnel au prix convenu mais à la valeur vénale de l'immeuble aliéné,

si cette valeur toutefois est supérieure au prix stipulé.

Les parties peuvent donc commettre une simulation, soit en déclarant le prix, alors qu'elles le savent inférieur à la valeur vénale, soit en dissimulant une partie du prix.

La première de ces simulations a peu d'intérêt pratique : aucune loi ne l'a distinguée de la déclaration insuffisante, et comme nous serons amenés, on le verra, à parler de celle-ci, il n'y aura qu'à faire une application des principes que nous poserons à son occasion.

168. — La seconde hypothèse donnait lieu sous l'empire de la loi de l'an VII à une distinction essentielle.

L'Administration devait se préoccuper tout d'abord de rechercher s'il y avait une contre-lettre, et ici la loi prenait ce mot dans le sens d'*écrit secret*, constatant un prix supérieur au prix déclaré. La jurisprudence reconnaissait très justement à l'Administration le droit de prouver par tous les moyens compatibles avec les règles de la procédure l'existence de cette contre-lettre. En revanche, elle exigeait qu'on en établît non seulement l'existence mais sa teneur exacte quant à l'augmentation de prix (1).

Si l'Administration faisait cette preuve, l'art. 40, l. frim. prononçait la nullité de la convention secrète, même *inter partes*. Si donc celle-ci n'avait pas été exécutée, le vendeur ne pouvait en réclamer l'exécution.

1. Cass. 29 déc. 1857. D. P. 58, 1, 133.

Toutefois l'acheteur n'était pas en droit de réclamer la restitution des sommes payées en exécution de la contre-lettre : c'était un cas d'obligation naturelle. L'art. 40 décidait en outre qu'il y avait lieu d'exiger « à titre d'amende, une somme triple du droit qui aurait eu lieu, sur les sommes et valeurs ainsi stipulées. »

Il se pouvait que l'Administration ne rapportât pas la preuve d'une contre-lettre. Si elle croyait à l'existence d'une simulation ou d'une insuffisance — la loi ne les distinguait pas (1) — elle avait un seul moyen de la prouver : l'expertise. Il n'entre pas dans notre plan d'exposer la procédure de cette expertise. Nous ne devons retenir qu'une chose : la loi ne reconnaissait à l'Administration le droit de la provoquer que durant une année. Ses résultats sont prévus et réglés par l'art. 18 l. frim. et l'art. 5 de la loi du 27 ventôse an IX. Si l'expertise établissait une différence de moins d'un huitième de la valeur déclarée entre cette valeur et la valeur réelle, les parties devaient sans doute acquitter le droit simple sur la différence constatée, mais elles n'encouraient aucune peine et ne supportaient même pas les frais de l'expertise ; si la différence constatée était de plus d'un huitième, il y avait lieu à la perception d'un droit en sus sur elle, et les frais de l'expertise étaient à la charge des parties (2).

1. V. cependant un système contraire rapporté par Naquet, t. III, n° 1193. Mais on n'aperçoit dans la loi aucune trace d'une distinction quelconque.

2. La loi du 22 frimaire an VII ne frappait d'un droit en sus que les transmissions par décès. C'est la loi du 27 ventôse an IX qui a généra-

L'expertise était le seul moyen mis à la disposition du Trésor pour la preuve de la simulation quand il voulait la provoquer. Le Trésor pouvait cependant s'approprier la preuve résultant de l'aveu des parties consigné dans un acte ou un jugement intervenu entre elles, si cet acte ou ce jugement faisaient titre de la mutation (1). Mais il ne pouvait alors exiger qu'un droit simple sur le supplément de prix.(2)

169. — Ce système législatif méritait au moins deux sérieux reproches.

D'abord il pouvait sembler injuste d'établir une identité entre l'erreur des parties et la simulation dans un grand nombre de cas. En ne permettant pas de rechercher l'intention des parties, la loi évitait sans doute des mécomptes : n'était-ce pas au dépens de l'équité ? S'il y a eu erreur, il est excessif d'exiger un droit en sus ; s'il y a eu simulation, les frais de l'expertise devraient toujours être à la charge des parties. A plus forte raison la perception du droit simple était-elle une sanction insuffisante lorsque la preuve de la simulation se trouvait acquise par

lisé cette peine, en l'étendant à tous les cas où les frais de l'expertise sont à la charge des parties. Les règles de l'expertise et le droit en sus sont applicables en général à toutes les mutations à titre onéreux. Toutefois l'échange a soulevé des difficultés, pour l'examen desquelles nous renvoyons au chapitre des mutations à titre gratuit.

1. La formule que nous donnons au texte n'est pas unanimement adoptée. On trouvera la controverse exposée dans Naquet, t. III, nº 1196. V. aussi arg. Trib. Clermont, 9 août 1880. Rép. pér. enr. nº 5790. Une déclaration unilatérale ne suffirait pas. Trib. Mamers, 31 mars 1868. Rép. pér. enr. nº 2903.

2. Pendant combien de temps pouvait-on exiger le droit simple sur

exemple par un jugement intervenu entre les parties.

Ce qui était plus grave encore, c'est que dans le seul cas où le législateur frappait la simulation d'une peine spéciale, le cas de contre-lettre écrite, cette peine était injustement appliquée. Dans la vente d'immeubles par exemple, pour prendre le cas le plus fréquent, les droits d'enregistrement sont à la charge de l'acheteur. Aussi la simulation est-elle très généralement consommée à sa requête et dans son intérêt. La peine du triple droit se concevait très-bien en pareil cas, mais non la nullité de la contre-lettre. Cette nullité n'atteignait pas l'acheteur, mais elle pouvait frapper cruellement le vendeur coupable de condescendance : si l'immeuble n'était pas complètement payé au moment où la nullité était prononcée, elle permettait à l'acheteur de refuser le paiement du supplément de prix stipulé dans la contre-lettre.

170. — De ces deux reproches principaux, le second ne fut plus fondé après la rédaction du Code, du moins dans l'interprétation généralement adoptée. L'art. 1321 du Code civil qui s'occupait des contre-lettres ne contenant aucune allusion à la nullité que nous venons de critiquer, on en conclut qu'elle était abrogée. La conclusion n'était pas nécessaire, car l'art. 1321 est une disposition générale et la loi fiscale est une loi spéciale qui peut y déroger. Mais la doctrine et la jurisprudence se trou-

la somme dissimulée? Quelques décisions judiciaires n'en ont admis la n'en ont admis la perception que pendant le délai où l'expertise est admissible. V. Rouen, 31 janv. 1877. J. E. 20469;—Lille, 16 av. 1878, J. E. 21128.

vèrent d'accord pour repousser une nullité qui se justifiait si mal. Les travaux préparatoires confirmaient du reste cette opinion (1).

Quant à la confusion de la simulation et de l'insuffisance des déclarations dans la majorité des cas, elle subsista. Toutefois une pratique constante ayant reconnu au ministre le droit de remettre ou de modérer les peines encourues pour infraction à la loi fiscale, il est évident que ces remises ou modérations devaient être plus facilement accordées au cas d'insuffisance qu'au cas de simulation.

171. — Cet état de choses a été modifié, pour certains contrats du moins, par la loi du 23 août 1871. Après la guerre, le gouvernement, aux prises avec les difficultés budgétaires du moment, crut devoir se préoccuper, en même temps qu'il établissait de nouvelles taxes, de mieux assurer le recouvrement de tous les droits d'enregistrement. Il proposa à l'Assemblée de décider que « le vendeur de biens immeubles et l'échangiste de la plus forte part n'auraient aucune action en justice pour le paiement de ce qui aurait été stipulé en sus du prix de vente ou de la soulte énoncée dans l'acte. Toute somme payée par suite de stipulation de cette nature relative à une transmission postérieure à la promulgation de la loi serait sujette à répétition. » C'était l'idée de la loi de frimaire, doublement aggravée. D'une part, en effet, la nullité s'étendait à toutes les conventions secrètes, qu'elles fussent

1. Il y avait cependant quelques dissidences en doctrine. V. Merlin. V. Contre-lettre, § 3 — de Plasman. Des contre-lettres, n. 13.

ou non constatées par écrit. D'autre part la répétition des sommes payées en vertu de la contre-lettre était toujours permise, et l'acheteur déjà trop favorisé par la loi de frimaire était certain désormais de n'exécuter l'engagement secret qu'il avait librement contracté, que s'il le voulait bien.

La commission refusa l'action en répétition. Elle substitua au projet du gouvernement un projet qui frappait la simulation d'une double peine : 1° nullité de la convention secrète, réserve faite de l'obligation naturelle de l'acheteur (1) ; 2° amende égale au montant des sommes dissimulées, mais jamais inférieure à cent francs. L'amende aurait été dûe par le vendeur personnellement et sans recours, nonobstant toute stipulation contraire. Le nouveau possesseur devait payer le droit simple. C'était une fâcheuse aggravation de la loi de l'an VII. Si l'on suppose que le supplément de prix n'est pas encore payé au moment où la fraude est découverte, l'acheteur qui, nous le répétons, est en général l'instigateur de cette fraude, aurait refusé de payer le supplément de prix et acquitté un droit simple exactement comme s'il n'y avait pas eu de simulation. Le vendeur moins coupable aurait perdu les sommes dissimulées qui lui

1. Sur la question de la nullité le rapporteur et le ministre des finances se trouvaient d'accord pour reconnaître qu'elle découlait des principes du droit commun ; la convention secrète est faite en vue de frauder la loi, elle est donc nulle. Ils oubliaient que la fraude au Trésor est une fraude aux intérêts privés de l'État et non à une loi d'ordre public.

étaient dues, et aurait dû payer en outre une amende égale à leur montant.

Une seule idée a survécu de tous ces projets, la plus heureuse — théoriquement du moins — : la distinction de la simulation et de l'insuffisance dans les déclarations, dans tous les cas, que la convention secrète fût écrite ou non. M. de Ventavon la recueillit, et l'associa à cette autre idée également nouvelle, que l'Administration peut sans danger et avec avantage être replacée sous l'empire du droit commun, en tant qu'il s'agit d'éviter la fraude. La loi du 23 août 1871 est la résultante de ces idées.

172. — Cette loi, il est essentiel de le remarquer, est spéciale aux dissimulations dans le prix d'une vente et dans la soulte d'un échange ou d'un partage (1). Pour tous les autres cas, le système de la loi de l'an VII demeure en vigueur.

173. — Pour les sortes de mutations qu'elle prévoit, la loi du 23 août 1871 innove sur quatre points principaux :

1° la compétence. — Elle est déterminée par les rè-

1. Quelques questions ont été soulevées, quant à la détermination des contrats prévus par la loi de 1872. La jurisprudence a eu à décider notamment que la cession de droits successifs rentrait dans ses prévisions. V. Trib. Tarbes, 27 déc. 1875. J. E. 20100 ; Trib. Le Puy, 20 déc. 1875. J. E. 20802 ; Trib. paix. Le Monastier, 8 janv. 1878. J. E. 20783.

On s'est demandé si cette loi autorise la preuve par tous moyens qu'un partage en apparence fait sans soulte en contient une. L'affirmation paraît certaine. On peut prouver la dissimulation d'une partie de la soulte, pourquoi la loi serait-elle moins rigoureuse à l'égard de la dissimulation de la soulte entière. V. dans notre sens J. E. n. 19501, et en sens contraire J. des not. art. 20242.

gles du droit commun. Le juge de paix, le tribunal civil sont compétents suivant l'importance du litige. Les règles du droit commun déterminent également si le jugement est rendu en premier ou en dernier ressort ; l'appel est possible. — Ordinairement au contraire les instances engagées par l'Administration sont toujours de la compétence du tribunal civil et ne sont susceptibles que de recours en cassation (art. 62, l. 22 frim. an VII).

2° C'est la procédure des affaires sommaires, qui remplace la procédure écrite. Les plaidoiries sont possibles. Mais le ministère des avoués n'est que facultatif.

3° Les preuves. — Toutes les preuves reconnues par le droit commun sont admissibles, notamment la preuve testimoniale. Est seul excepté le serment décisoire. En outre, la preuve testimoniale, et par conséquent les présomptions, ne sont admissibles que pendant 10 ans. Cette admission de toutes les preuves du droit commun est une des réformes les plus hardies de la loi ; elle avait rencontré une vive opposition au sein de la commission.

4° Les peines. — La simulation est punie d'une amende égale au quart de la somme dissimulée et payée solidairement par les parties, sauf à la répartir entre elles par égale part. Cette modicité relative de la peine s'explique par la facilité que l'administration a désormais pour prouver la simulation ; il n'est plus nécessaire d'intimider les parties par la crainte de peines très sévères. La

peine se mesure toujours aux besoins qui la font édicter (1). Quelques questions se sont élevées au sujet des peines prononcées par la loi nouvelle. Celle-ci ne parle pas notamment de la prescription de ces peines : l'Administration applique ici l'art. 14 de la loi du 16 juin 1824, et cette solution ne paraît pas avoir rencontré de contradicteurs. La prescription serait ainsi de deux ans (2).

L'Administration ne fait d'ailleurs pas difficulté de reconnaître que l'amende du quart étant une peine, on ne peut, en cas de décès de l'un des contrevenants, poursuivre contre le survivant la portion à la charge du prédécédé (3).

Une question plus délicate est celle qui naît du rapprochement des lois antérieures et de la loi nouvelle. L'amende du quart prononcée par la loi du 23 août 1871 est-elle la seule peine dont soit passible la dissimulation, ou bien l'Administration a-t-elle le droit de percevoir, en outre, un droit simple et même un droit en sus ? Nous admettons assez volontiers la perception du droit

1. Aussi l'honorable M. Mathieu Bodet, rapporteur de la commission, très hostile au projet de M. de Ventavon, et qui, quant à lui, était partisan de la nullité de la convention secrète, de l'amende égale aux sommes dissimulées, et même de l'action en répétition, reconnaissait-il que si l'on admettait tous les modes de preuve, les peines proposées par M. de Ventavon étaient suffisantes.

2. Sol. 26 janv. 1880. J. E. n. 21321.

3. Sol. 19 mai 1876. J. E. 20829.—On ne pourrait non plus poursuivre le paiement contre les héritiers du contrevenant. Sol. 20 mars 1882. Rép. pér. enr. nº 5917. — De même, il a été décidé que l'amende du quart ne saurait être exigée du mandataire de l'un des contractants, s'il n'a pas dépassé ses pouvoirs. Sol. 4 sept. 1885. Rép. pér. enr. nº 6535.

simple ; il nous semble que dans la pensée des auteurs de la loi, l'amende a dû être une peine distincte ajoutée à l'obligation préexistante des parties ; s'il en était autrement, il eût été nécessaire de le dire (1).

Quant au droit en sus, quelques auteurs reconnaissent à l'Administration le droit de le percevoir, et la jurisprudence paraît adopter cette opinion (2). Elle-même s'est reconnu ce droit dans diverses décisions. M. Garnier rapporte parmi ses décisions l'Instr. gén. n. 2413 § 5 n. 2 ; nous y ajouterons une Solution du 13 mars 1874 (J. E. 19517), et surtout une Solution du 19 juin 1879 (J. E. 21171). Cette dernière indique les conditions que l'Administration met à son droit : il faut que la mutation remonte à moins de trois mois, à moins que la transmission n'ait été constatée par écrit. Nous n'apercevons pas la raison d'être de ces conditions : le droit en sus est toujours ou jamais exigible. A notre sens, il ne l'est jamais. L'Administration ne pourrait le réclamer qu'en vertu des lois antérieures (3) ; or ces lois sont virtuellement abrogées sur tous les points qui ont fait l'objet de la loi nouvelle. La peine du droit en sus

1. Le droit simple devra d'ailleurs être supporté par l'acquéreur. Trib. Montélimar, 26 janv. 1883. Rép. pér. enr. n° 6154.

2. V. Bellac, 16 avril 1875. J. E. 19805 : « Le jugement qui reconnaît l'existence d'une dissimulation dans un prix de vente doit condamner les redevables au paiement d'un droit simple et d'un droit en sus, indépendamment de l'amende du 1/4 de la somme dissimulée. — Cpr. Sol. 19 fév. 1875. 19805.

3. Elle se réclame du reste formellement de la loi du 27 ventôse an IX (v. Instr. gén. n° 2434 § 9).

était d'ailleurs exigible à la suite d'une procédure spéciale, exercée dans des délais spéciaux, et comportant certains modes de preuve seulement. Appliquera-t-on cette procédure, ces délais ? Restreindra-t-on les preuves ? L'Administration donne sur ces points des solutions arbitraires. Elle respecte l'ancienne prescription qui est d'un an, et la peine du droit en sus se trouve ainsi prescrite avant l'amende du quart. On a prétendu qu'elle pourrait au contraire user de la procédure et des preuves qu'autorise la loi nouvelle ; elle a paru, il est vrai, ne pas se reconnaître ce droit (1).

174. — La loi du 23 août 1871, que nous venons d'étudier, a été votée malgré l'opposition très vive de la commission du budget et du gouvernement.

L'Administration ne l'a acceptée qu'à contre-cœur. Elle paraît avoir toujours été convaincue que la fraude ne peut être efficacement conjurée que par le double moyen des peines frappant spécialement le vendeur et de la nullité des contre-lettres. Dès 1862, elle faisait insérer dans le projet de budget de 1863 une disposition qui devait atteindre le vendeur. L'échec de cette tentative ne l'empêcha pas de la renouveler dans le projet de budget de 1865 où une disposition portait notamment que « l'ancien possesseur serait tenu de payer personnellement et sans recours une somme égale au droit simple exigible sur le supplément de prix ou de la soulte et que l'ancien

1. Sol. 13 mars 1874. J. E. 19517.—Cir. Sol. 19 fév. 1575, J. E. 19805.

et le nouveau possesseur seraient solidairement tenus du droit simple et du droit en sus. » (1). Cette tentative échoua également. Depuis la loi de 1871 elle a été renouvelée et la proposition aggravée. Il est même piquant de constater dans quelles conditions le fait s'est produit. Pour faire prévaloir les mesures de rigueur proposées par la commission en 1871, leurs partisans les présentaient comme moins rigoureuses que le projet de M. de Ventavon. Et l'honorable M. Mathieu Bodet se montrait très-pressant : « Si le système de M. de Ventavon était admis, disait-il dans la séance du 21 août, il y aurait un soulèvement dans l'opinion. On considérerait ce système comme vexatoire, comme tyrannique, comme inacceptable et... vous rapporteriez la loi. » (2) Les réclamations ont été formulées, la suppression a été réclamée, mais par l'Administration qui, après avoir craint de paraître tyrannique, s'est trouvée désarmée. En 1875, le gouvernement a demandé à l'Assemblée de fournir au Trésor « des moyens plus efficaces » et de « recourir aux mesures répressives proposées en 1871 (3). » Cette proposition, que la commission avait modifiée sans en détruire le principe, a été repoussée

1. V. Discours de M. André (de la Charente). J. off, 23 août 1871. p. 2887.
2. Journ. off. 22 août 1871.
3. V. Demante t. II, n° 820 ; — Dict. de l'Enr. v° Dissimulation n° 30.

§ II. — *Mutations d'immeubles à titre gratuit entre-vifs ou par décès.*

175. — Dans ces sortes de mutations le principe absolu est que la loi ne distingue pas la déclaration simulée de la déclaration insuffisante. Les règles de l'une et de l'autre sont d'ailleurs assez différentes de celles qui régissent l'insuffisance des déclarations dans les transmissions immobilières à titre onéreux.

176. — Et d'abord l'expertise n'est ici qu'un moyen subsidiaire : « Il y aura lieu, dit l'art. 19, l. frim., à requérir l'expertise des revenus des immeubles transmis en propriété ou usufruit à tout autre titre qu'à titre onéreux, lorsque l'insuffisance dans l'évaluation ne pourra être établie par actes qui puissent faire connaître le véritable revenu des biens. »

C'est donc seulement à défaut d'actes établissant le revenu que l'expertise pourra être provoquée. Parmi ces actes, le plus important, celui qu'on doit consulter avant tout autre, celui qui est exclusif de l'expertise, c'est le bail courant (1). Il serait trop long et peu intéressant de rechercher toutes les hypothèses où l'on peut dire qu'il y a bail courant. D'une façon générale on entend par ces mots, au sens où nous les prenons ici, un bail écrit, authentique ou sous seing privé, en cours d'exécution au

1. V. Trib. Bourgoin, 22 janv. 1885. Rép. pér. enr. nº 6524.

moment de la mutation, fait pour un prix déterminé, lequel est payable soit en argent, soit en denrées susceptibles d'être évaluées au moyen des mercuriales. Un tel bail s'impose aux parties et il est admis en doctrine qu'elles ne peuvent en prouver la simulation ; le droit de la prouver est, au contraire, réservé à l'Administration.

On trouvera dans les traités spéciaux de nombreux exemples des autres actes de nature à établir le revenu.

A leur défaut, l'Administration peut provoquer une expertise. L'expertise porte non plus sur la valeur vénale des biens, mais sur leur valeur locative ou sur leur revenu. C'est en effet la valeur locative ou le revenu que la loi prend pour base dans la fixation des droits sur ces sortes de mutations. En outre, le droit de demander l'expertise ne se prescrit que par deux ans (art. 61, l. frim.).

177. — La peine portée par la loi contre la déclaration insuffisante ou simulée est d'un droit en sus sur les excédants non déclarés. Quant aux frais de l'expertise, ils sont très certainement, s'il s'agit d'une transmission par décès, à la charge des parties dès qu'une inexactitude quelconque a été constatée ; il n'est pas nécessaire que la différence soit d'un huitième, comme nous l'avons vu pour les mutations à titre onéreux (art. 39, l. frim.). Mais que décider si la mutation a eu lieu entre-vifs? L'art. 39 parle bien des donataires, mais il semble ensuite ne viser que les mutations par décès. Aussi avait-on soutenu qu'il fallait leur appliquer l'art. 18. c'est-à-dire les règles des transmissions à titre onéreux, et la Cour de

cassation, revenant sur une précédente jurisprudence, avait, sur les conclusions de M. l'avocat général Nicias Gaillard, consacré dans un arrêt du 30 mars 1852 cette opinion aujourd'hui abandonnée. On est à peu près d'accord pour reconnaître que l'art. 39 doit régir toutes les mutations à titre gratuit. C'est ce que décide un arrêt de Cour suprême du 30 août 1869 où nous relevons le motif suivant: « L'art. 39, loin de présenter un troisième cas d'expertise qui aurait pour objet seulement les mutations par décès, contient le complément et la sanction de l'art. 19, dont, au surplus, il faisait partie dans le projet primitif de la loi du 22 frimaire an VII et dont il n'a été détaché ensuite, pour être reporté au titre des peines, que dans un pur intérêt de méthode » (1).

1. V. Garnier, v° Expertise, n° 8496. — C'est ici le lieu de résumer quelques difficultés relatives à l'échange. La jurisprudence et la pratique administrative font à ce contrat une situation à part qui ne permet de le ranger ni dans la catégorie des contrats à titre gratuit, ni dans celle des contrats à titre onéreux. L'expertise doit porter, cela est certain, non pas sur la valeur vénale des fonds échangés, mais sur leur revenu : la loi fixe en effet d'une façon invariable la valeur des fonds échangés à 20 fois le revenu annuel s'il s'agit d'immeubles urbains (art. 15, n° 4, l. frim.) et à 25 fois ce revenu pour les immeubles ruraux (l. 21 juin 1875). L'échange ressemble par ce côté aux transmissions à titre gratuit. De même la jurisprudence met les frais de l'expertise à la charge des parties quelle que soit l'insuffisance constatée (Cass. 30 août 1869. Rép. pér. enr. n° 3009 et 3010). La jurisprudence à un autre point de vue rapproche l'échange des contrats onéreux : elle décide que l'expertise peut être demandée pendant deux ans : application contestable de l'art. 61, l. frim., fondée sur cet argument que l'art. 17 qui fixe un délai d'un an parle du prix énoncé dans l'acte translatif et ne peut être appliqué à l'échange où il n'y a pas de prix énoncé. Quant à nous, nous ne voyons pas bien pourquoi l'échange serait traité autre-

### § III. — *Transmissions mobilières.*

178. — Une distinction essentielle est faite en droit fiscal entre les mutations par décès et les mutations entre vifs.

Les transmissions mobilières par décès sont soumises à un droit de mutation proprement dit, les transmissions entre vifs n'encourent au contraire qu'un droit d'acte, c'est-à-dire que « le droit proportionnel est seulement exigible sur un acte faisant titre de la transmission, volontairement présenté à la formalité ou produit en justice » (1).

Il est certain que le Fisc aurait le droit de prouver la simulation des déclarations dans les transmissions par décès. Et cette simulation peut être de deux sortes; elle peut consister à déclarer que la succession ne comprend qu'une certaine quantité de meubles alors qu'elle en contient davantage ou à déclarer inexactement la valeur des meubles. Il faut reconnaître à l'Administration le droit

ment que les autres mutations onéreuses. A presque tous les autres points de vue, d'ailleurs, la jurisprudence traite l'échange comme un contrat à titre onéreux. Une certaine incertitude règne dans la doctrine.

1. Demante, n° 260. — Cette décision est très généralement vraie ; il y a cependant quelques règles spéciales à certains actes. Ainsi le droit du 18 mai 1850 (art. 9) frappe les dons manuels d'un droit qui ne les atteint que s'ils sont constatés par écrit, ce qui le rapproche du droit d'acte ; mais qui atteint des écrits qui ne font pas titre de la donation ce qui l'en différencie.

de prouver également la simulation dans les déclarations relatives aux transmissions entre vifs; les parties peuvent bien, quant à ces dernières, ne pas soumettre l'acte à l'enregistrement, en principe du moins, mais si elles veulent s'assurer les avantages qu'entraîne l'accomplissement de ces formalités, elles doivent présenter un acte sincère.

Cette très courte étude doit porter sur deux points :

1° Quels sont les moyens de preuve dont dispose l'Administration pour contester les évaluations qui sont faites par les parties, quand il n'y a pas une autre base à la perception ?

2° Quelles sont les pénalités encourues par les déclarants ?

179. — La détermination des moyens de preuve admissibles n'a été faite législativement que pour les mutations par décès. La loi du 21 juin 1875 a déterminé les bases sur lesquelles il fallait établir la liquidation des droits sur les successions mobilières. Et prévoyant le cas où le Trésor serait réduit à prendre pour base la déclaration des parties, elle ajoute : « l'insuffisance dans l'estimation sera punie d'un droit en sus si elle résulte d'un acte antérieur à la déclaration. Si au contraire l'acte est postérieur à cette déclaration, il ne sera perçu qu'un droit simple sur la différence existant entre l'estimation des parties et l'évaluation conforme aux actes. » Le législateur semble bien exiger que l'Administration rapporte un acte contenant explicitement une évaluation contraire

à l'évaluation des parties, c'est-à-dire faisant preuve complète et cela se conçoit : si l'acte ne permet que de présumer l'inexactitude de cette déclaration, sans la prouver absolument et sans déterminer la valeur réelle, on tombe dans l'arbitraire dès qu'il s'agit de déterminer cette dernière. Dans les mutations immobilières, la loi accordait la garantie de l'expertise aux parties ; cette garantie n'existant pas ici, on ne peut admettre d'autre évaluation que celle qui résulte d'actes précis.

181.— Dans les transmissions entre-vifs on semble d'accord pour reconnaître que la preuve peut être administrée au moyen d'actes parvenus à la connaissance du Trésor et propres à établir la simulation, tels que transactions, inventaires, partages, liquidations, répertoires de notaires et autres actes semblables, et aussi par l'aveu des parties. En revanche la preuve testimoniale est reconnue incompatible avec la procédure imposée à l'Adminitration (1). Fût-elle d'ailleurs compatible avec cette procédure, il n'en faudrait pas moins l'exclure ; la preuve testimoniale est un moyen très dangereux et très inquiétant pour les particuliers aux mains de l'Administration. On ne saurait l'admettre sans une disposition formelle. Or, loin de trouver dans la loi cette disposition, nous voyons par les travaux qui l'ont préparée que le législateur a

1. Il est des cas où la loi établit une sorte de présomption légale de simulation. C'est ainsi que dans la cession de créance le droit proportionnel est assis non pas sur le prix de cession, non sur le capital de la créance cédée. La dissimulation du prix était trop facile, et le législateur l'a évitée très habilement. (Art 14, § 2, l. frim.)

repoussé ce mode de preuve. Nous empruntons ici une citation topique à l'exposé de motifs de la loi de l'an VII. Le rapporteur voulait justifier la perception du droit sur la valeur de la succession, sans distraction des charges : « Autrement, disait-il, il faudrait procéder à la liquidation de toute succession contradictoirement entre le fisc et les héritiers, les consommer en frais et en lenteurs par des formes contentieuses, et cela indépendamment du scandale intolérable qu'il y aurait à placer les préposés de la régie dans un état permanent d'hostilité contre toutes les familles et de les autoriser à pénétrer dans leurs affaires les plus intimes. » C'est précisément là l'inconvénient que présenterait l'admission de la preuve testimoniale (1).

La controverse s'est concentrée sur la preuve par présomptions ; les uns l'admettent, et c'est l'opinion de M. Garnier ; les autres l'écartent, et M. Demante prête à ce système son autorité. Tous deux invoquent des documents de jurisprudence. Quant à nous nous écartons la preuve

1. On cite souvent comme ayant admis une solution contraire un arrêt de la Cour de cassation du 24 mars 1846. (Sir. 46, 1, 317). Il est à remarquer que cet arrêt n'énumère pas la preuve testimoniale parmi les preuves dont il reconnaît l'admissibilité ; il ne parle que de la preuve par *commune renommée* et de la preuve par présomptions ; reconnaissons d'ailleurs qu'on ne peut admettre la preuve par commune renommée, sans admettre la preuve testimoniale, la commune renommée ne s'établissant guère que par des témoignages. Il est bien entendu que ce genre de témoignage ne saurait être admis. Un arrêt de la Cour de cassation du 29 fév. 1860. (Sir. 60, 1, 473) est très net dans le sens indiqué au texte.

par présomptions. Non pas que nous estimions avec M. Demante, que la preuve par présomptions ne saurait être en matière fiscale admise là où la preuve testimoniale ne l'est pas; nous avons décidé le contraire. Mais la preuve par présomptions ne nous paraît pas moins dangereuse que la preuve testimoniale, dans le silence de la loi on ne saurait l'admettre. Il nous semble d'ailleurs que l'interprétation que nous avons donné de la loi du 21 juin 1875 (art. 3.) fournit en ce sens un argument sérieux: nous ne voyons pas pourquoi on admettrait ici une preuve exclue au cas de mutation par décès. (1)

182. – Quelles sont les peines encourues par les contractants si l'Administration réussit dans sa preuve ? La loi n'a encore résolu cette question que pour les mutations par décès. La simulation, soit par omission de biens, soit dans les évaluations, était frappée d'un droit en sus par la loi de frimaire. Il était à peu près certain que l'*évaluation* insuffisante était frappée comme l'évaluation simulée; on reconnaissait au contraire que le droit en sus ne frappait que l'*omission* volontaire et non celle qui était le résultat d'une erreur. La loi du 21 juin 1875 (art. 3) qui a statué seulement sur l'inexactitude des *évaluations*, l'a frappée d'un droit en sus si elle résulte d'actes antérieurs à la déclaration ; si elle résulte d'actes postérieurs elle n'encourt que le droit simple. La simulation n'est

1. V. Garnier, v° expertise n° 8531 ; — Demante n° 767; — La Cour de cassation a paru disposée récemment à admettre la preuve par la présomption, 27 juin 1883. Rép. pér. enr. n° 6188.

pas distinguée de l'insuffisance, mais il est clair que la pensée du législateur était que dans le cas où la preuve résulte d'actes postérieurs l'erreur des parties est vraisemblable ; dans le cas contraire, où elle résulte d'actes antérieurs, c'est la simulation qui devient vraisemblable. C'est ce qui explique la diversité des peines édictées.

183. — Quant aux transmissions entre vifs, le silence de la loi fiscale nous paraît avoir une conséquence évidente : aucune pénalité ne saurait être encourue, on percevra seulement le droit simple sur la différence constatée. Il est vrai que M. l'avocat général Blanche a reproduit ici ce système qui nous est déjà connu : la simulation constituerait un faux. Lorsque la loi fiscale punit la simulation, les peines qu'elle prononce seraient seules encourues. Mais lorsqu'elle ne la punit pas, comme ici, il faudrait appliquer les peines du faux (1). Nous ne revenons pas sur la distinction de la simulation et du faux. Observons seulement que la conséquence à laquelle était conduit l'éminent magistrat aurait dû, ce semble, l'éclairer sur la fausseté de son principe. Les transmissions immobilières sont frappées d'un droit de mutation, elles doivent être enregistrées, elles sont soumises à un impôt élevé ; la fraude cause donc un dommage important ; cette fraude encourra une amende très faible, celle qu'édicte la loi du 23 août 1871. Les transmissions mobilières entre vifs sont frappées d'un

1. V. Rép. pér. Enr. nº 2267. (Article de M. Blanche.

droit d'acte ; si on les enregistre, c'est volontairement, souvent du moins ; le droit est modéré, la fraude moins préjudiciable au Trésor ; les peines seront énormes et sans proportion avec la faute. Il y a là plus qu'une étrangeté.

184. — Avant de terminer, nous devons rappeler que ces règles sont les règles générales ; elles comportent des dérogations dans certaines hypothèses prévues par des lois spéciales. C'est ainsi que la loi du 25 juin 1841 a prévu les transmissions d'office. Son article 11 est ainsi conçu : « Lorsque l'évaluation donnée à un office pour la perception du droit d'enregistrement d'une transmission à titre gratuit entre vifs ou par décès, sera reconnue insuffisante, ou que la simulation du prix exprimé dans l'acte de cession à titre onéreux sera établie d'après des actes émanés des parties ou de l'autorité administrative ou judiciaire, il sera perçu, à titre d'amende, un droit en sus de celui qui sera dû sur la différence de prix ou d'évaluation. — Les parties, leurs héritiers ou ayant-cause sont solidaires pour le paiement de cette amende. » Cet article comporte deux observations. D'abord on reconnaît ordinairement que la loi ne punit que la simulation et non l'insuffisance des déclarations. Cette interprétation n'est pas très certaine, mais les termes de la loi la rendent assez vraisemblable et elle doit être préférée par cela seul qu'elle est plus bienveillante. La seconde observation porte sur la peine prononcée. Cette peine est exclusive de la peine du triple droit qui était prononcée par

l'art. 40 de la loi de frimaire, dans le cas de contre-lettre. Il est contraire aux principes de l'interprétation des lois d'appliquer simultanément les dispositions de deux lois successives établissant des peines pour un cas donné. Ajoutons que la loi de 1841 prévoit toutes les simulations ; la loi de frimaire le cas de contre-lettre écrite seulement. On conçoit que la première soit moins sévère que la seconde.

185. — Une seconde et très importante disposition spéciale est celle de la loi du 28 février 1872 (art. 8 § 3), Cette loi a déclaré applicable aux mutations de fonds de commerce les dispositions de la loi du 23 avril 1871, sur les dissimulations de prix dans les ventes, et dans les soultes d'échange ou de partage.

## § IV. — *Baux.*

186. — La simulation, pas plus que l'énonciation insuffisante, n'est prévue nulle part par le législateur, quant aux baux écrits. Il a pensé sans doute que les droits étant peu élevés, le bailleur ne consentirait pas facilement à insérer dans l'acte des déclarations mensongères qui pourraient lui créer des difficultés. Aussi l'Administration ne sera-t-elle jamais admise à prouver la simulation que par des actes émanés des parties, par leur aveu ou par des jugements. Et cette preuve ne lui don-

nera droit de percevoir qu'un droit simple sur la différence constatée.

187. — La loi du 23 août 1871 s'est au contraire préoccupée de la simulation et de l'insuffisance des évaluations dans les baux verbaux. Il est remarquable qu'elle n'a pas établi de règles spéciales à la simulation. L'Administration a, aux termes de cette loi (art. 11 § 4), le droit d'établir l'insuffisance par l'expertise. Si elle réussit dans sa preuve, les frais sont toujours à la charge des déclarants, qui doivent en outre payer un droit en sus. Il est certain que l'Administration peut en outre établir l'insuffisance par les moyens déjà indiqués pour les baux écrits, mais une preuve ainsi faite n'autoriserait que la perception d'un droit simple sur l'excédant.

### § V. — *Actes soumis au droit gradué.*

188. — La loi du 28 février 1872 (art. 1) a soumis au droit gradué des actes frappés jusque là d'un droit fixe. La simulation a dès lors pris un réel intérêt dans ces actes. Le législateur l'a prévue et, conformément aux idées qui semblent devoir désormais triompher, il l'a distinguée de l'insuffisance. L'Administration ne peut établir la simulation que par « des actes ou écrits émanés des parties, ou par des jugements ». L'expertise elle-même n'est pas admise. Quant à la sanction, elle consiste dans la perception d'un droit en sus, lequel ne peut être infé-

# POSITIONS

## I. Droit romain.

1° Le mot *procurator* ne s'est pas appliqué originairement aux mandataires particuliers.

2° L'acquisition de la possession *corpore alieno*, quand l'intermédiaire devait être un homme libre, ne fut pas admise de tout temps.

3° Les lois 37, § 6, *de acq. rer. dom.*, XLI, 1, et 13, *de don.*, XXXIX, 5, sont inconciliales.

4° La règle *Etiam ignoranti acquiritur* n'a pas eu pour effet de supprimer pour la réalisation d'une acquisition de possession *per liberam personam* la nécessité d'un mandat ou d'une ratification.

5° La *capitis deminutio minima* n'implique pas nécessairement un amoindrissement de la capacité antérieure du *capite minutus*.

6° La *litis contestatio* laissait subsister à la charge du débiteur une obligation naturelle.

7° L'obligation du fidéjusseur ne peut, à peine de nullité, excéder l'obligation principale.

8° Le créancier conditionnel qui agit *pendente conditione* ne commet pas de *plus petitio*.

**II. Droit civil français.**

1° La simulation frauduleuse ne saurait, à aucun point de vue, être considérée comme une cause spéciale de nullité, soit de l'acte simulé, soit de l'acte dissimulé.

2° On peut plaider en justice par l'intermédiaire d'un prête-nom.

3° La simulation de la date d'un testament peut être établie par tous moyens.

4° On doit considérer comme tiers à la simulation, comme ayant le droit de la prouver par tous moyens et d'invoquer toutes les présomptions légales, toute personne autre que les auteurs de la simulation, leurs ayant-cause à titre universel et leurs mandants.

5° Les tiers qui savent que la personne avec qui ils traitent est un prête-nom, et que son mandant est décédé, ne peuvent réclamer l'exécution des engagements souscrits en cette qualité.

6 L'acte authentique par lequel une femme reconnaît des enfants naturels comme nés d'elle et d'un père marié à une autre femme au moment de leur conception, ne renferme pas les éléments d'un aveu indivisible, et dès lors l'indication du nom du père, nulle pour vice d'adultérinité, n'entraîne pas la nullité de la reconnaissance émanée de la mère non mariée.

7° La dénonciation, faite dans le seul but de nuire à un tiers, d'une contravention à la loi fiscale, ne peut à

elle seule constituer une faute tombant sous l'application de l'art. 1382, C. civ.

8° La vente faite par le mari à la femme non séparée judiciairement n'a une cause légitime dans les termes de l'art. 1595, § 2, C. civ., qu'autant qu'elle a pour objet le remboursement d'une créance actuelle et exigible.

9° La clause d'un contrat de société stipulant que les créanciers n'auront pour gage que les biens dépendant de la société est opposable aux tiers.

### III. Procédure civile.

La compétence spéciale établie, en matière de saisie-arrêt, par l'art. 570, C. pr. civ., est établie en faveur du saisissant, qui est libre d'y renoncer et d'assigner en déclaration affirmative le tiers saisi devant le tribunal du domicile de ce dernier.

### IV. Droit commercial.

1° On peut attribuer des actions libérées seulement pour partie en représentation d'apports en nature.

2° L'achat d'immeubles pour les revendre n'est pas un acte commercial.

### V. Droit criminel. Instruction criminelle.

1° La loi pénale punit la tentative d'avortement.

2° Le gérant d'un journal qui a refusé d'insérer une réponse à lui adressée en vertu de l'art. 13 de la loi du

29 juillet 1881, ne peut être poursuivi que devant le tribunal du lieu où le journal est rédigé et non devant tous les tribunaux dans le ressort desquels il est publié.

3° Un tribunal correctionnel saisi d'une demande intentée contre les membres d'un bureau électoral ne peut recevoir le témoignage des électeurs à l'effet de savoir pour qui ils ont voté.

### VI. Droit fiscal.

1° Le jugement qui prononce la rescision d'un contrat pour cause de lésion n'encourt qu'un droit fixe.

2° L'acquisition réalisée par le mari dans les conditions de l'art. 1408, C. civ., encourt le droit de 5,50 0/0 sur la valeur totale du fond acquis.

*Vu par le président de la thèse,*
Nancy, le 2 décembre 1886
P. LOMBARD

*Vu par le doyen,*
Nancy, 2 décembre 1886
E. LEDERLIN

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
*Le recteur,*
M. E. MOURIN

rieur à 50 francs, non compris les décimes (art. 3). Le texte semble prononcer cette peine d'une façon absolue, mais il a été expliqué dans la discussion (1), qu'il n'y a simulation proprement dite que si la preuve résulte d'actes antérieurs à la déclaration. Nous avons trouvé une disposition analogue dans la loi du 21 juin 1875 sur les successions mobilières (2).

1. V. Garnier. Rép. v° Expertise, n. 8534.

2. Diverses décisions judiciaires ont déjà appliqué cette peine du droit en sus. V. Trib. Saintes, 15 juillet 1874 et Trib. Hazebrouck, 14 août 1874. J. E. n. 1525 ; — Cfr. Sol. 19 janv. 1874. J. E. n. 19332.

# TABLE DES MATIÈRES


INTRODUCTION — Pages

Notion générale de la simulation. — Simulation relative et simulation absolue. — Motifs. — Variétés. — Distinction de la simulation d'avec le dol, la fraude prévue par l'art. 1167 et le faux..... 4

Enoncé du sujet. Plan..... 14

CHAPITRE I.

RÉSULTATS DE LA PREUVE DE LA SIMULATION.

Résultats quant à l'acte simulé : inexistence de cet acte ; réfutation des opinions contraires..... 16

Résultats quant à l'acte dissimulé : la preuve de la simulation est sans influence sur la valeur de cet acte..... 18

Hypothèses où l'application des principes donne lieu à des difficultés ou comporte des exceptions :

§ *I. Contre-lettres dans les sessions d'offices*..... 22

§ *II. Fausse cause dans les contrats : Donations indirectes et déguisées*.... 27

§ *III. Prête-nom : donations par personne interposée ; prête-nom en justice*..... 47

§ *IV. Fausse date dans les testaments*..... 62

Résumé..... 66

Actes qui ne peuvent être dissimulés..... 67

CHAPITRE II.

QUAND ET PENDANT COMBIEN DE TEMPS LA PREUVE DE LA SIMULATION EST-ELLE ADMISSIBLE

Division..... 70

*Section I.* — **A qui et contre qui est-il permis de prouver la simulation ?**.....

§ *I. Conflit entre deux parties à la simulation.* — Hypothèse d'un acte juridique. — Hypothèse d'un jugement rendu d'accord..... 72

§ *II. Conflit entre une partie et un tiers.*
*Première hypothèse : Un tiers peut-il prouver la simulation contre une partie ?* — Qu'est-ce exactement qu'un tiers ? En quelle qualité agit-il ? — Conséquences. — Hypothèses qui soulèvent des difficultés particulières..... 77
*Deuxième hypothèse : Une partie peut-elle prouver la simulation contre un tiers ?* — Théorie des Contre-lettres : art. 1321. — Application aux donations déguisées et aux rapports du prête-nom avec les tiers.. 90
§ *III. Conflit entre deux tiers à la simulation.* — Conflit entre deux acquéreurs; entre un acquéreur et un créancier chirographaire ; — entre deux créanciers chirographaires.....
*Section II.* — **Durée de l'action en déclaration de simulation...**
L'action en déclaration de simulation est imprescriptible. — Application aux libéralités reçues par les associations non autorisées. Arrêt de la Cour de cassation du 5 mai 1879 : discussion..... 111

## CHAPITRE III.

### De la preuve de la simulation.

*Section I.* — **Preuves de droit commun .....**
Preuves générales. — Aveu. — Serment..... 118
Preuve testimoniale. — Présomptions. — Division.....
§ *I. Conflit entre les parties à la simulation*..... 120
§ *II. Conflit entre une parties à la simulation et un tiers*..... 125
§ *III. Conflit entre deux tiers à la simulation.* — Hypothèse spéciale : conflit entre un époux et la communauté..... 128
*Section II.* **Présomptions légales de simulation**.....
Présomptions admises par le Code. La présomption Mucienne n'est plus applicable aujourd'hui..... 132
§ I. *Art. 911 et 1100 : présomption d'interposition de personnes*..... 137
§ *II. Art. 918. Présomption de simulation dans la nature d'un contrat*.. 141
§ *III. Art. 1328 : Présomption de simulation dans la date des actes sous seing-privé*..... 151

## CHAPITRE IV.

### De la simulation en droit fiscal.

Énoncé du sujet. — Considérations générales. — Principe : l'Administration doit être considérée comme un tiers ordinaire. — Exception à ce principe. — Division..... 187
*Section I.* **Simulation dans les actes**.....
Principe général. — Simulation absolue. — Simulation dans la na

ture du contrat. — Simulation dans les personnes. — Simulation dans la date..... 190
*Section II.* **Simulation dans les valeurs. — Historique**..... 205
§ *I Mutations d'immeubles à titre onéreux.*—Lois du 23 frimaire an VII et du 21 ventôse an IX. — Loi du 23 août 1871..... 206
§ *II. Mutations d'immeubles à titre gratuit entre vifs ou par décès*..... 219
§ *III. Transmissions mobilières entre vifs ou par déeès.*—Règles générales. — Règles particulières pour les cessions d'office..... 222
§ *IV. Baux*..... 229
§ *V. Actes soumis au droit gradué*..... 230

Paris. Imprimerie des Ecoles, H. JOUVE, 23, rue Racine.

Imprimerie des Ecoles, Henri JOUVE, 23, rue Racine, Paris.